

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ

VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA DE DERECHO PRIVADO CON
ÉNFASIS EN DERECHO CIVIL**

**LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

DAVID E. ZAMORA SMITH

**TESIS PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS PARA
OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO PRIVADO
CON ÉNFASIS EN DERECHO CIVIL**

POFESOR ASESOR: ALEXANDER VALENCIA MORENO

PANAMÁ, REPÚBLICA DE PANAMÁ

2019

HOJA DE APROBACIÓN

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ

VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

PROTOCOLO DEL ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS ACTA DE DEFENSA DE TESIS
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN: DERECHO PRIVADO CON ÉNFASIS EN DERECHO CIVIL

Título de la Tesis: La pérdida de oportunidad y su incidencia en la responsabilidad civil médica

Nombre del Estudiante: David Ellister Zamora Smith Doc., de I. P.: 3-722-958

Miembros del Jurado: Alexander Valencia M, (Director) Calificación otorgada: _____

Virgilio Trujillo

Francisco Flores

Firma de los miembros del jurado	Trabajo escrito	Defensa	Promedio
a.			
b.			
c.			
Nota final:			

Recomendaciones _____ del _____ jurado:

Firma _____ del _____ coordinador _____ del _____ programa:

Firma del Representante de la Vicerrectoría de Investigación y Postgrado (VIP)

_____ Fecha _____

Firma del estudiante _____

DEDICATORIA

Dedicatoria

A Dios todo poderoso quien me guía y fortalece, por su amor y misericordia.

*A los que partieron dejando huellas en mi corazón y bases en mi vida:
Allister Smith (q.e.p.d.) y Herminia Zamora (q.e.p.d.).*

DAVID ELLISTER ZAMORA SMITH

AGRADECIMIENTO

Agradecimiento

A Dios Todopoderoso quien me guía y fortalece, por su amor y misericordia.

Al académico y profesor Alexander Valencia Moreno por su apoyo, disposición y consejos, íntegro maestro del derecho.

A mi familia, en especial a mi madre Rosemary Smith por su esfuerzo, mi tía Vielka Zamora y a Mónica T Lozada E. por su comprensión y cariño.

DAVID ELLISTER ZAMORA SMITH

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Abreviaturas Utilizadas

a. C.	antes de Cristo
Art.	Artículo
Cap.	Capítulo
C.C.	Código Civil
Cfr.	Confrontar
Cía.	Compañía
d. C.	después de Cristo
Ed.	Edición
No.	Número
P.	Página
Pto.	Punto
Rev.	Revista
S.	Sin
S.A.	Sociedad Anónima
S.L.	Sociedad Limitada
S/F	Sin fecha
S.R.L.	Sociedad de Responsabilidad Limitada
S.T.S.	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tribunal
Vol.	Volumen

ÍNDICE GENERAL

Índice General

Hoja de aprobación	ii
Dedicatoria	iv
Agradecimiento.....	vi
Abreviaturas utilizadas.....	viii
Índice General	x
Resumen/ <i>Summary</i>	1
Introducción	4
Revisión de la literatura	10
 CAPÍTULO 1: ASPECTOS GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN	13
1. Antecedentes y planteamiento del problema.....	14
2. Hipótesis general.....	17
3. Objetivos.....	18
3.1. General.....	18
3.2. Específicos	19
4. Justificación e importancia de la investigación	19
5. Metodología de la investigación	20
6. Delimitación de la investigación.....	21
7. Limitaciones de la investigación	22
 CAPÍTULO 2: MARCO REFERENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL ...	23
1. La responsabilidad	24
2. Breve evolución de la responsabilidad civil	26
2.1. Venganza privada.....	26
2.2. Composición voluntaria	27
2.3. Composición legal	28
2.4. Reparación del Estado	28

2.5. Francia, siglo XIX.....	29
2.6. Caso <i>Teffaine</i> y el riesgo	30
2.7. Breves matices de la actualidad	32
3. Concepto de responsabilidad civil	33
4. Clasificación de la responsabilidad civil.....	37
4.1. Según su origen: contractual y extracontractual	38
4.1.1. Responsabilidad civil contractual.....	38
4.1.2. Responsabilidad civil extracontractual.....	39
4.1.3. Diferencia y efectos	40
4.2. Según la fuerza que ocasiona el ilícito: por hecho propio, por hecho ajeno y por hecho de las cosas	43
4.2.1. Responsabilidad por hecho propio	43
4.2.2. Responsabilidad por hecho ajeno.....	44
4.2.3. Responsabilidad por hecho de las cosas	45
5. Elementos de la responsabilidad civil	46
5.1. Hecho ilícito	47
5.2. El daño	48
5.2.1. Requisitos del daño	49
5.2.1.1. Certeza del daño.....	49
5.2.1.2. El daño debe ser subsistente.....	50
5.2.1.3. El daño debe recaer sobre el afectado	50
5.2.1.4. El daño debe lesionar un interés legítimo	51
5.3. Relación de causalidad.....	51
5.3.1. Teoría de la equivalencia de condiciones	52
5.3.2. Teoría de la causa próxima	53
5.3.3. Teoría de la causa eficiente	53
5.3.4. Teoría de la causalidad adecuada	53
5.3.5. Teoría de la causalidad virtual	59
5.3.6. Teoría de la creación injustificada de un riesgo.....	61
5.4. Factores de atribución	63

5.4.1. Factor subjetivo.....	63
5.4.2. Factor objetivo	65

CAPÍTULO 3: RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, UN VISTAZO A LA JURISPRUDENCIA PANAMEÑA

1. Antecedentes de la responsabilidad médica	69
1.1. Antiguo Egipto	69
1.2. Código de Hammurabi.....	70
1.3. Derecho romano y otros pueblos.....	71
1.4. España en la Edad Media.....	72
1.5. Inglaterra y Estados Unidos.....	73
1.6. Francia en el siglo XIX.....	74
1.7. Núremberg y la tecnología.....	76
2. El Juramento hipocrático	77
3. Responsabilidad civil médica.....	78
3.1. Acto médico	81
3.1.1. Diagnóstico	83
3.1.2. Tratamiento.....	85
3.1.3. Postratamiento.....	85
3.1.4. Pronóstico	86
3.2. El acto médico como acto jurídico	88
3.3. Acto médico complejo.....	89
3.4. La <i>Lex artis</i> ad hoc	90
3.5. La historia clínica	92
3.5.1. Requisitos	94
3.5.2. Características	95
3.5.3. Importancia jurídica de la historia clínica	97
4. La relación médico-paciente.....	102
4.1. Características.....	104
4.2. Naturaleza de la relación médico-paciente.....	105

4.3. Obligaciones de medio y de resultado	108
4.4. Sobre los efectos jurídicos de la relación médico-paciente	114
5. Elementos de la responsabilidad civil médica	119
5.1. El médico incumple con la conducta exigida	119
5.2. Daño que provenga de un actuar médico	121
5.3. Mala praxis y culpa médica	126
5.3.1. Impericia médica o falta de <i>aggiornamento</i>	132
5.3.2. Negligencia médica u omisión inexcusable	133
5.3.3. Imprudencia o temeridad inexcusable	134
5.3.4. Inobservancia de la Ley, reglamentos o regulaciones	135
5.3.5. El error médico y la iatrogenia	136
5.3.6. Concurrencia de culpas	143
5.3.6.1. El paciente	143
5.3.6.2. El cuerpo médico	144
5.3.6.3. El centro médico	144
5.4. Relación entre la conducta del médico y el daño	146
5.4.1. Las presunciones para establecer el nexo causal	151
5.4.2. La causalidad virtual	155
5.4.3. El daño desproporcionado	156
5.4.4. La probabilidad	158
6. Consentimiento informado	159
6.1. Breve evolución histórica	161
6.2. Consideraciones relevantes	165
6.3. Excepción del consentimiento	167
6.4. Facultados para otorgar consentimiento en ausencia de la voluntad del enfermo	168
7. Eximentes de responsabilidad	168
8. Un vistazo a la jurisprudencia panameña	170

CAPÍTULO 4: LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	183
1. Antecedentes de la figura	184
2. Noción de pérdida de oportunidad.....	187
2.1. Noción jurisprudencial	191
3. Pérdida de oportunidad de una ventaja o de evitar un perjuicio	194
3.1. Pérdida de oportunidad de una ventaja o beneficio	195
3.2. Pérdida de la oportunidad de evitar un perjuicio.....	195
4. Requisitos de la pérdida de oportunidad	197
4.1. La certeza y legitimidad en la oportunidad	198
4.2. Incertidumbre a la expectativa	202
4.3. Interrupción o desaparición de la oportunidad.....	205
4.4. Acreditar la participación del agente con la pérdida de oportunidad	206
4.5. Detrimento significativo por medio de la oportunidad pérdida	208
5. Características.....	209
5.1. Perjuicio no consolidado a partir de una situación inexistente.....	209
5.2. Pérdida de oportunidad total o parcial	210
5.3. Es un daño autónomo.....	216
5.4. Estudio de la actividad o profesión en la que se desarrolla	219
5.5. Es un daño actual	221
5.6. No goza de simetría.....	222
5.7. Acorde al principio de congruencia.....	224
5.8. La indemnización es proporcional y no total a la expectativa	228
6. Naturaleza jurídica y su diferencia con otras figuras indemnizatorias	230
6.1. La distinción entre daño y perjuicio.....	230
6.2. Con el daño futuro y el daño virtual	234
6.3. Con el lucro cesante	239
6.4. Con el daño emergente	241
6.5. Con el daño moral	241
6.6. Con el daño estético	243

6.7. Con el daño espiritual	244
6.8. Con el daño psicológico, psíquico y la capacidad de creatividad	246
6.9. Con el daño a la vida de relación.....	248
6.10. Con el daño al proyecto de vida	252
6.11. Con el daño contingente	254
6.12. Posición	256
7. Breve vistazo de la pérdida de la oportunidad en el derecho comparado	259
7.1. Francia.....	260
7.2. Italia	263
7.3. España	266
7.4. Estados Unidos, Inglaterra y el <i>Common Law</i>	269
7.5. Brasil.....	275
7.6. Argentina	276
7.8. Colombia	279
7.9. Chile	281
7.10. Costa Rica	283
7.11. Panamá	287
7.12. <i>UNIDROIT</i> y organizaciones internacionales	291
8. Ámbito de aplicación de la pérdida de la oportunidad	293
8.1. En os juegos de azar, competencias o concursos.....	293
8.2. En el deporte	296
8.3. La capacidad laboral o de ascenso	297
8.4. En el ámbito comercial, negocios y en la etapa precontractual	300
8.5. En la profesión del abogado	307
8.6. En la asistencia familiar	309
8.7. Casos varios	311
9. La pérdida de la oportunidad y su incidencia en la responsabilidad médica	312
9.1. Preliminares de la figura	322
9.1.1. Pérdida de oportunidad de curación	326
9.1.2. Pérdida de oportunidad de supervivencia.....	327

9.2. Aspectos a tomar en cuenta para aplicar la pérdida de oportunidad en materia médica	329
9.2.1. El estudio y avance de la ciencia respecto a la patología	329
9.2.2. Estado de la patología en el paciente	333
9.2.3. Participantes del acto médico y otros	338
9.2.4. Obligación del médico – medio o resultado	343
9.3. Supuestos de pérdida de oportunidad en responsabilidad médica	348
9.3.1. Ausencia, retraso o deficiencia en el diagnóstico	349
9.3.2. Ausencia, retraso o deficiencia en el tratamiento	354
9.3.3. Falta de información y/o consentimiento.....	366
9.3.3.1. <i>Wrongful Birth & Wrongful Life</i>	374
9.3.4. Infecciones nosocomiales y la intervención de otros factores	378
9.4. El problema del nexo causal.....	382
9.4.1. Todo o nada.....	390
9.4.2. Incremento de riesgo de daño	392
9.4.3. Regla de la proporcionalidad	392
9.4.4. La pérdida de la oportunidad como nexo causal	393
9.4.5. Causalidad probabilística	394
9.4.6. Cuota de mercado	399
9.5. El problema del <i>quantum</i> indemnizable	400
9.5.1. Propuesta de indemnización.....	414
9.6. Críticas a la teoría pérdida de oportunidad.....	423
9.6.1. Argumentos en contra.....	423
9.6.2. Argumentos en favor.....	425
9.6.3. El abuso de su aplicación	429
9.7. Utilidad de la pérdida de oportunidad	432
9.8. Exclusiones de la figura en responsabilidad médica	434
Conclusiones	436
Recomendaciones	446
Bibliografía.....	455

Anexo	478
Anexo No. 1 – Matriz de consistencia	479
Anexo No. 2 – Carta de revisión de español	481

RESUMEN / SUMMARY

RESUMEN

Esta investigación ha sido desarrollada con el interés de encontrar el mejor modo de aplicar la pérdida de oportunidad, reconocida como daño autónomo en el derecho panameño, pero con especial énfasis en la responsabilidad médica, sin que ello implique que nuestro derecho no reconoce la figura en estudio en otros aspectos. En ese sentido, se determinan los requisitos esenciales que afectan la uniformidad de criterios para la pérdida de oportunidad, ya sea como daño resarcible en general y responsabilidad civil médica a causa de la frustración de un beneficio o evitar un perjuicio. Además, se busca guiar a las partes del proceso, estudiantes, investigadores y otros con una estructura lógica y sistemática en consideración de la pérdida de oportunidad, en general, mediante el inquisitivo de diversos países que frecuentemente lidian con este daño, tomando en consideración a España, Francia, Inglaterra, Colombia, Argentina, Estados Unidos y otros. Así también no se puede negar que la pérdida de oportunidad es un daño confuso; sin embargo, existen una serie de casos citados a parte de la responsabilidad médica, que han sido tomados como ejemplos para explicar ampliamente el problema particular de su desconocida expectativa como consecuencia de la conducta del agente; de otro modo, también se aborda el tema de la indemnización proporcional indiscriminada como injusto para la víctima ante la vigencia del principio de reparación integral. Por último, al fundamentar la demostración de la pérdida de oportunidad como variante de la responsabilidad civil médica, se evidencia a la vez que este daño autónomo no estará necesariamente en todos los casos en que interviene la mala praxis médica o la culpa médica.

SUMMARY

This research has been developed with the interest of finding the better way to apply The Loss of Chance Recovery as a recognized autonomous damage in Panamanian law, but with a spotlight attention on medical liability, without this implying that our Law does not recognize the figure under study in other aspects. In that sense, it's analyzed the essential requirements that affect the uniformity of criteria for the Loss of Opportunity, either as compensable damages in general and medical civil liability, because of the frustration of a benefit or to avoid a loss. Furthermore, this research seeks to guide the parties of the process, students, researchers and others with a logical and systematic structure regarding the loss of opportunity, through the inquisitive of several countries that often deal with this harm, taking into account Spain, France, England, Colombia, Argentina, United States and others. Also, The Loss of Chance may seem as a confused tort, however, there is a lot of cases on side of the medical liability, which are our examples to explain widely the particular issue of its unknown expectative as a consequence of the agent conductt, otherwise, accepting indistinctly a proportional tort could turn Civil Law into unfair for the victim when is time to face the total reparation. Finally, substantiating the demonstration of The Loss of Chance as a variant of the medical civil liability, but in turn, showing off that this autonomous damage will not be presented in all cases that cover medical malpractice or medical culpability.

INTRODUCCIÓN

Introducción

La presente investigación se ocupa de la pérdida de oportunidad y su incidencia en el ámbito médico, daño este que se puede conceptualizar como aquel detrimento de una situación real y cierta que contemplaba la venida de una posible ventaja o la tentativa supresión de un perjuicio, pero que por culpa de un tercero, dicho evento ha desaparecido injustamente del panorama del ahora perjudicado, sin que ello signifique que al sustraer el hecho ilícito en el escenario, este habría, necesariamente, obtenido la ventaja o evitado el mal que ya pretendía.

Claro está, que de la noción que antecede denota rasgos de incertidumbre, dubitación, inseguridad en cuanto a la existencia de una figura que no tiene predicción propia, simetría como un detrimento de carácter patrimonial o extrapatrimonial; a ello le agregamos su aplicación en la esfera médica que de por sí sola ya es problemática por naturaleza, y en la que también coinciden puntos de imprecisión a la hora de probar el nexo causal: acto médico y daño, por lo técnico y versátil que puede ser esta actividad que recae sobre organismos vivos de reacciones intrínsecas y diferentes.

La importancia de la investigación responde a una conducta preventiva ante la llegada de nuevas corrientes de reparación integral que están convencidas que la víctima debe quedar indemne ante todas las situaciones de la vida. En ese sentido, más que aprobar el programa de maestría, es de nuestro interés compartir el conocimiento adquirido durante nuestro estudio, tema nutrido que no solamente debe interesar a los profesionales, estudiantes o investigadores del derecho, sino a cada miembro de la sociedad que esta propenso a sufrir daños de este tipo.

Cabe mencionar que el presente trabajo ha sido realizado por medio de la recopilación de información confiable, de los distintos medios disponibles, libros, revistas, biblioteca virtual, *blogs/discusiones* y

comentarios, jurisprudencias, leyes, conferencias virtuales y toda aquella documentación que guarda relación con el tema desde un punto de vista crítico y lógico, partiendo de postulados generales y culminando en los específicos.

El primer capítulo lo dedicamos a los aspectos generales de la investigación, describiendo brevemente el antecedente y planteamiento del problema, la hipótesis general que se expone por medio de una declaración que permite especular sobre los resultados de nuestra búsqueda, luego de allí obtenemos los objetivos, tanto generales como específicos, que se plasman como puntos de referencia para trazar los pasos y metas a lograr durante la exploración y rastreo de información. Este capítulo también contempla la justificación e importancia de la investigación, la metodología que propone el «método», «investigación» y «enfoque», y del mismo modo, se desarrollan las delimitaciones que responden a las fronteras de nuestra búsqueda y las limitaciones que describen las barreras u obstáculos afrontados para el logro de la investigación.

El segundo capítulo trata sobre el marco referencial de la responsabilidad civil, tema de vital importancia que se debe comprender al momento de situarse ante el resarcimiento de daños, entre ellos, la pérdida de oportunidad. Este capítulo aborda una breve y lacónica evolución de la responsabilidad civil desde la *Lex del Talión* hasta los breves matices de la actualidad, el concepto de responsabilidad civil y su clasificación, según su origen: al derivar de un hecho contractual o un hecho extracontractual; o bien, según la fuerza que ocasiona el ilícito: hecho propio, hecho ajeno y hecho de las cosas; lo relativo a los elementos imprescindibles de la responsabilidad civil: hecho ilícito, daño, factores de atribución (subjetiva y objetivo) y nexo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño; entre otros aspectos concernientes a los requisitos y teorías que sustentan la aplicación de cada uno de estos elementos.

El tercer capítulo incluye el tema de la responsabilidad civil médica en general, con una perspectiva o enfoque en la jurisprudencia panameña, tema que honestamente no se ha ventilado muchas veces en nuestras casas de justicia, pero como es de suponer, cada vez cobra mayor vigor en nuestro medio. En esta sección se tratan sus antecedentes, el juramento hipocrático, la responsabilidad civil médica que se debe al acto médico: el diagnóstico, tratamiento, postratamiento y el pronóstico, la *Lex artis ad hoc*, la historia clínica y sus requisitos y características, lo que respecta a la relación médico paciente y sus efectos jurídicos de pila, las obligaciones de medio y resultado, lo referente a los elementos de la responsabilidad civil médica: conducta apropiada y su incumplimiento, daño que provenga del actuar médico, mala praxis y culpa médica junto a sus matices (impericia, negligencia, imprudencia e inobservancia de la ley del arte), el error médico y la iatrogenia. Se hace mención al tema controversial de concurrencia de culpas entre el médico y el paciente, el cuerpo médico o el centro médico; se toca el tema específico de la relación de causalidad entre la conducta del médico y el daño, así como las teorías de presunción, causalidad virtual, daño desproporcionado y probabilidad, ante tan difíciles circunstancias de probar causa y efecto. No se puede dejar por fuera el consentimiento informado del paciente, hecho que por sí solo ocasiona daños y algunos eximentes de responsabilidad que se presentan en la actividad médica.

El cuarto capítulo es dividido en dos secciones, la primera de ellas a la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, con la finalidad de ofrecer una simbiosis precisa de lo que representa la figura, lo cual engloba los inicios de la figura, su noción doctrinal y jurisprudencial, las modalidades de pérdida de oportunidad de obtener una ventaja o de evitar un perjuicio, los requisitos de la pérdida de oportunidad: la certeza y legitimidad en la oportunidad, incertidumbre en la expectativa, interrupción o desaparición de la chance, acreditación de la participación del agente y la pérdida de oportunidad, y el detrimento significativo por medio de la

oportunidad pérdida; sus características: perjuicio no consolidado a partir de una situación inexistente, pérdida de una oportunidad total o parcial, daño autónomo, estudio de la actividad o profesión en la que se desarrolla, daño actual sin simetría, y su asimilación con el principio de congruencia, la indemnización proporcional y no total a la expectativa; la naturaleza jurídica de la figura en estudio, la diferencia entre daño y perjuicio, la pérdida de oportunidad y su diferencia con el daño futuro, daño virtual, lucro cesante, daño emergente, daño moral, daño estético, daño psicológico, psíquico y la capacidad de creatividad, daño a la vida de relación, proyecto de vida, daño contingente; se cita el derecho comparado; lo alusivo al ámbito de aplicación de las chances frustradas: juegos de azar, competencias o concursos, deporte, capacidad laboral o de ascenso, ámbito comercial, negocios y etapa precontractual, la profesión del abogado, asistencia familiar, entre otros casos.

En segundo lugar se desarrolla el tema central de la investigación con fundamento en distintas jurisprudencias nacionales y extranjeras; es decir, la pérdida de oportunidad y su incidencia en la esfera médica, ateniendo temas preliminares de la figura, su concepto en conjugación con los derechos de oportunidad a la curación y supervivencia; las cualidades a tomar en cuenta para aplicar la pérdida de oportunidad en materia médica: estudio y avance de la ciencia respecto a la patología, estado de la patología en el paciente al momento de requerir la atención, participantes del acto médico, la obligación médica de medio o resultado (curativa o satisfactoria); los supuestos de pérdida de oportunidad en responsabilidad médica (más comunes): ausencia, retraso o deficiencia en el diagnóstico o en el tratamiento, la falta de información y/o consentimiento con alta relevancia en los temas «*Wrongful Birth*» y «*Wrongful Live*», también las infecciones nosocomiales; el problema del nexo causal y un vistazo a las teorías: todo o nada, incremento del riesgo de daño, regla de proporcionalidad, la pérdida de oportunidad como nexo causal, la causalidad probabilística y la cuota de mercado. De la

misma manera se evidencia el problema en fijar el *quantum* indemnizable y se ensaya una propuesta de indemnización con criterios mínimos no concluyentes, las críticas en contra y a favor de la teoría de chances frustradas y el abuso, utilidad y exclusión de su aplicación en materia médica.

REVISIÓN DE LITERATURA

Revisión de la literatura

La presente investigación ha sido elaborada mediante información documental recopilada por los diversos medios confiables, como: libros, publicaciones, revistas, jurisprudencia, verificada por medio de la confrontación de la documentación frecuentemente citada, la historia que presenta los tópicos analizados, la lógica y el análisis jurídico, para luego otorgarle valor a cada uno de los aportes cuestionados.

En nuestro derecho encontramos algunos comentarios del profesor Claudio Timpson L. con respecto a la pérdida de oportunidad, tanto en su apuntes de responsabilidad civil como en su texto de obligaciones, apoyados mayormente en la doctrina argentina de Jorge Bustamante Alsina, Eduardo Zannoni y Carlos Alberto Gherzi y otros clásicos del derecho civil latinoamericano de finales del siglo pasado, entre ellos Tamayo Jaramillo y Henao de Colombia, los cuales han sido de gran utilidad para nuestra tarea, pero no suficientes.

Mención especial merece los aportes de Torrealba de Costa Rica, Tapia Rodríguez, Rios Erazo y Silva Goñi de Chile, quienes han persistido por defender la existencia de la pérdida de oportunidad como un daño resarcible en una época en que solamente era considerado como una fábula del derecho europeo de Francia e Inglaterra, a pesar de las irregularidades y confusiones intrínsecas que provoca la figura de chances pérdidas.

Respecto al tema médico, no podemos pasar por alto los esfuerzos de Valencia Moreno, Arbesú, Grau Grau, Parra Sepúlveda, Agón, Blas Orbán, Ornelas, Velásquez Posada, Vásquez Ferreyra, Elizari Urtasun y también Giraldo Gómez y Ataz López, estos últimos cuyas obras no fueron consultadas directamente, pero sus esfuerzos se reflejan en las reiteradas citas ofrecidas por estudiosos de la materia.

Además de las doctrinas latinoamericanas nos hemos apoyado en la doctrina médico jurídica española, principalmente en la plausible labor de Medina Alcoz, Luna Yerga, Vicandi y Asúa, pero la jurisprudencia y doctrina francesa no podía quedarse atrás, siendo la precursora de la mayoría de los ingenios jurídicos citados respecto a los daños indemnizables y las teorías para entrelazar el nexo causal entre hecho ilícito y daño en materia médica; derecho éste que fue necesario inquirir por gozar del mayor desarrollo de la figura de la pérdida de oportunidad.

Es por ello que fue necesario recurrir a los aportes de Viney y Chabas a quienes podríamos identificar como los agitadores de corrientes modernas del derecho civil francés, haciendo remembranza de los estudiosos del derecho galo: Mazeaud, Tunc, Josserand, Pothier y Domat, Planiol y Ripert y e italiano con De Cupis.

No podemos obviar las valiosas discusiones que ofrece el *Common Law*, mediante el gran aporte de las revistas del derecho estadounidense, que intentan explicar las distintas teorías del nexo causal y las perspectivas de los jueces anglosajones de la mano de Allen, Fischer, Koch, Virst, Zilich y Zupanci ante los daños problemáticos, sin perjuicio que se trate de un sistema jurídico diferente al nuestro, pero rescatando ideas aplicables a nuestro derecho.

Por supuesto, entre otras consultas se evocan diversas leyes y jurisprudencias de diferentes países, entre los que destacan: Chile, Colombia, Francia, Estados Unidos, Argentina, Inglaterra y por supuesto Panamá.

CAPÍTULO I
ASPECTOS GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN

Capítulo I

Aspectos generales de la investigación

1. Antecedentes y planteamiento del problema

Anteriormente, hablar de la pérdida de la oportunidad como daño indemnizable resultaba una fantasía, pero, hoy en día se reconoce a pesar de ser un daño complejo, aplicado, en sus principios, en países como Francia, Inglaterra a finales del siglo XIX y pasó a otros países como Estados Unidos en el siglo XX.

En ese entonces la responsabilidad médica no era desconocida, pero no fue hasta mediados del siglo XX que se desarrolló adecuadamente la teoría que permitía endilgar responsabilidad por oportunidades frustradas del paciente, como efecto de la inadecuada conducta del galeno.

Actualmente, persisten las dudas con relación a la pérdida de la oportunidad como un verdadero daño cierto y resarcible, y a pesar que muchos países ya han superados estas incógnitas, no existe uniformidad al momento de abordar el tema.

Ahora bien, sí *grosso modo*, no goza de criterios fijos, cuando se aplica a la responsabilidad médica se vuelve más curioso el estudio. De tal modo, países de la región latinoamericana como: Colombia y Argentina que aplican la figura sin escuetas; sin embargo, la temática ha adoptado distintas maneras para negar o aceptar su indemnización.

A tener en cuenta que la responsabilidad médica, que aún es discutida por la doctrina, ha empezado a reconocer situaciones que anteriormente eran inimaginables, por esto se decide estudiar minuciosamente las oportunidades

pérdidas por la actividad médica para arribar a un adecuado reconocimiento de indemnización en favor de la víctima, acorde a la realidad y los hechos destacables: directrices, presupuestos, requisitos, conceptos y todo aquello que ayude al legislador, al juzgador, al litigante, y en especial a la víctima, para identificar el momento en que se sitúa ante esta particular frustración, en las que las expectativas de los que alguna vez han sido y seguirán siendo usuarios, se pierde durante la prestación de los servicios médicos.

Existen diversos temas que la doctrina no ha definido o lo ha hecho vagamente, como: la verdadera desaparición de la esperanza y su causa; la probabilidad de curación del paciente y su demostración; las corrientes que distinguen las obligaciones de medio o de resultado; la influencia de la enfermedad del paciente y su estado de salud al momento de acudir al experto; la falta de probidad del facultativo; la desatención de la relación especial médico-paciente, y el pronunciamiento necesario de otros requisitos imprescindibles para denotar que se está en presencia del rubro indemnizable en materia médica.

Sobra decir que la «pérdida de oportunidad» por sí sola encierra un estudio extenso y fatigante, reconocida por los estudiosos del tema como: un “daño asimétrico” y que en causas similares no responde con las mismas soluciones, especialmente a la hora de evidenciar el nexo causal y reconocer el monto indemnizable.

La pérdida de oportunidad como expresión resarcible y consecuencia de la violación del derecho a la oportunidad de mejorar una situación actual o evitar un detrimento siempre ha sido comúnmente confundido con otros daños resarcibles, por ej.: lucro cesante, daño emergente, daño moral, daño virtual, vida de relación, proyecto de vida, etc.; pero de todos modos es (regularmente) reconocida por diversos Tribunales de Justicia con miras a la premisa mayor de

la responsabilidad civil: «La reparación integral», con el propósito de indemnizar y satisfacer a la víctima, proteger al afectado; y, con ello lograr la equidad y justicia, siendo necesario tener que alejarse del limitado derecho positivo.

Y es que las normas se han quedado desinformadas ante tantas y variadas situaciones. Dentro de una profesión tan importante para la sociedad, como lo es la del médico, existen una serie de actividades que pueden llegar a generar daños al paciente, de manera tan considerable que afectan su proyección como individuo y segregarlo de alguna oportunidad real y cierta sin que se pueda determinar entre acto médico o enfermedad como causa.

En cuanto a la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica, es en Francia, entre los años '50 y '60 que se desarrollan los casos de *perte d'une chance de survie et perte d'une chance de guérison*. Por su parte, países como: Estados Unidos no admiten frecuentemente este tipo de daño indemnizable, salvo en algunos Estados, y exclusivamente para causas médicas.

Italia, en los años '80, comienza a registrar los primeros casos de *perdita de chance*; sin embargo, como muchos otros, ha reconocido este daño como un lucro cesante atenuando y dependiente.

España ha tenido su clara intervención, respecto a las chances frustradas en materia médica, como la conocida sentencia de 10 de octubre de 1998, la cual ha sido erradamente tildada como la primera sentencia que reconoce la pérdida de oportunidad en materia médica, en especial para países hispanoparlantes, como: Argentina, Chile y Colombia.

Panamá, por su parte, a pesar que ha avanzado en el tema de la responsabilidad médica, no ha abierto el camino con respecto a la pérdida de oportunidad sobre los rubros de «supervivencia» o «curación» como parte del desarrollo de la reparación integral, y el antecedente más próximo que se

registra en el caso ventilado en la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de indemnización interpuesto por Samuel Núñez contra el Hospital Santo Tomás, bajo la ponencia del magistrado Abel Augusto Zamorano en el 2016, resolución que reconoce la pérdida de oportunidad, pero por la frustración de ayuda económica de la difunta hija a sus padres en caso de haber seguido con vida (Lourdes Núñez q.e.p.d.), sin ni siquiera hacer mención del nombre que le asigna la doctrina (pérdida de oportunidad). Cabe destacar que la figura indemnizable tampoco forma parte del derecho positivo panameño.

Cabe destacar que el caso citado en nada se relaciona a las esperanzas de sobrevivir o curar; no obstante, ello registra que no se ignora la figura, y se vislumbra su futura aplicación.

Por consiguiente, se considera imprescindible acercarse a los supuestos más comunes y sencillos de la *perte d'une chance*, y así tener un amplio panorama de su implementación.

Lo antes descrito lleva a formular la siguiente duda:

¿La pérdida la oportunidad es determinante para situarse en la responsabilidad civil médica y se encuentra correctamente regulada en nuestro derecho?

2. Hipótesis general

En cuanto a la hipótesis, la misma busca esclarecer qué sucede en caso de que el paciente tenga ciertas expectativas de curarse y sobrevivir que luego son frustradas por el galeno. Es decir, la pérdida de oportunidad como daño resarcible y autónomo deberá esclarecer si es determinante para situarnos ante la responsabilidad civil médica que actualmente carece de regulación suficiente en nuestro medio. Así, tenemos que la hipótesis de investigación es la siguiente:

«La pérdida de la oportunidad se constituye en un elemento de la responsabilidad civil médica».

- **Variable independiente:** La pérdida de la oportunidad es una figura autónoma que no depende de la existencia de una materia específica para que tenga sus efectos jurídicos. Se trata de una modalidad compleja del daño; siendo así, se entiende que la pérdida de chance es manifestación de daño reconocido por la responsabilidad civil.
- **Variable dependiente.** La responsabilidad civil médica es la consecuencia del detrimento de un paciente que sufre consecuencias nocivas a causa de un acto negligente o doloso; en este caso, la negligencia del médico constituye el hecho ilícito que necesariamente debe producir «daño».

3. Objetivos

Entre los propósitos y metas que se pretenden alcanzar con la presente investigación se presentan las siguientes.

3.1. Objetivo general

- Analizar la pérdida de la oportunidad y su aplicación en la responsabilidad civil médica.

3.2. Objetivos específicos

- Determinar los presupuestos que inciden en la uniformidad de criterios de la pérdida de la oportunidad, tanto en materia de daños resarcibles en general, como en la responsabilidad médica.
- Conocer la dogmática, ordenamiento jurídico y jurisprudencia local y extranjera sobre la pérdida de oportunidad con incidencia en materia médica.
- Establecer los requisitos imprescindibles para reclamar responsabilidad civil médica a causa de pérdida de oportunidad.
- Orientar a las partes del proceso, los estudiantes, investigadores y demás con una estructura lógica y sistemática respecto a la pérdida de oportunidad.

4. Justificación e importancia de la investigación

Las lesiones y menoscabos que se producen en materia médica son de gran magnitud, lo que requiere serias medidas para reconocer el daño resarcible sin dejar a un lado la evolución y los avances de la figura que motiva la presente investigación.

Comprender el alcance del concepto «pérdida de la oportunidad», evaluar el grado de conocimiento que ha llegado la doctrina nacional y extranjera, analizar el uso indebido de la figura (tanto de manera general como en materia médica), gravita entre lo justo y lo injusto si no se tiene claridad en el tema sufre la víctima o se condena inmerecidamente al galeno; temas como estos no deben pasar por alto la construcción de la materia responsabilidad civil en nuestro país.

Independientemente de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho, el desarrollo de la actividad médica y la frustración de la esperanza implican un cambio significativo a la responsabilidad civil que comulga con el concepto de reparación integral.

La ausencia en nuestra legislación de presupuestos al efecto, así como una ausencia de opiniones precisas en la jurisprudencia, reclama la necesidad de investigar acerca del tema, y consecuentemente, la emisión de opiniones apegadas a la realidad, relacionadas con la teoría y con efectos en el justo derecho.

5. Metodología de la investigación

Para alcanzar los objetivos planteados de nuestro trabajo final, se utilizará el método deductivo, partiendo de aspectos generales del problema para luego abordar sobre temas particulares y concluir en ellos. Lo anterior se observa en la forma en que se han distribuido los capítulos de esta tesis que comienza con el marco referencial de la responsabilidad civil, la responsabilidad en materia médica y termina con la aplicación del daño por pérdida de oportunidad en este ámbito de la ciencia que se dedica al estudio de la vida y la salud, «el arte de curar».

Así también, se decide utilizar la investigación descriptiva, dado que, permite desarrollar los elementos y las características esenciales de los temas seleccionados, y a la vez, presentar la hipótesis de la pérdida de oportunidad en materia médica mediante las fuentes obtenidas para su acreditación, como los son: la doctrina, legislación y jurisprudencia.

Cabe destacar que se confía mucho en la investigación histórica, puesto que mediante ella se reconstruye el propósito de los temas a tratar, los errores que se han aplicado desde sus inicios y se logra tener una mejor retrospectiva de cada tópico; de ese modo, existe mayor grado de confiabilidad en las fuentes consultadas y al contrastar la documentación, de distintas épocas, se permite obtener mayor grado de objetividad en la información.

Se opta por un enfoque cualitativo por medio de la recopilación de datos, y se inhibe de hacer investigaciones cuantitativas mediante estadísticas, opiniones con respuestas cerradas u otras técnicas; ante el visible desconocimiento de la estructura que involucra, tanto la materia médica como la pérdida de oportunidad, de los cuales falta mucho por recorrer en el derecho panameño.

6. Delimitación de la investigación

No es posible darse el lujo de fijar límites de investigación ante una figura que es mayormente desarrollada por la doctrina y la opinión de los jueces; aún más, cuando el país ha demostrado un tímido desarrollo con respecto a las chances frustradas y su activo reconocimiento, abordado, pero no con mayor precisión, siendo necesario recopilar información mayormente foránea, sin circunscribirse especialmente en la materia médica, con el propósito de ilustrar y ejemplarizar los requisitos y las características en aquellas situaciones menos complejas que la ciencia médica.

De tal modo, la recopilación de datos se centra mayormente en *la perte de chance* y su óptica desde el plano médico, pero comúnmente se citan diferentes casos con la finalidad extraer información relevante.

7. Limitaciones de la investigación

Durante la exploración y elaboración del presente tema, se observó que los países de la región coinciden tanto en su doctrina como en la decisión de sus casas de justicia, situación que en algún momento convirtió la investigación en rutinaria. Afanados por el conocimiento, se tuvo que inquirir en otras fuentes, muchas de ellas en países que fomentaron esta figura indemnizable, pero que practican diferentes idiomas, tal es el caso de Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Bélgica, Italia, Brasil, evento que fue «altamente» enriquecedor.

No obstante, a pesar de la grata experiencia, esto tuvo un efecto en la planificación y el cronograma previamente establecido, retrasando la proyección de la investigación significativamente.

CAPÍTULO II
MARCO REFERENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Capítulo II

Marco Referencial de la responsabilidad civil

Penetrar en el estudio de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad médica exige el estudio y dominio del arquetipo teórico general del cual dimana este tema: la responsabilidad civil, cuyo repaso resulta vital para comprender a cabalidad el desarrollo de la presente investigación.

1. La responsabilidad

Primeramente, es menester señalar que el origen etimológico del término responsabilidad deriva del latín «*responsus*», participio pasado del verbo «*respondere*», que significa: «constituirse en garante» o «estar obligado».

Ahora bien, en el siglo XVII, el holandés Hugo Grocio es reconocido, como resalta Fenestra (1975, p. 620): « (...) como uno de los fundadores de nuestro sistema de Derecho privado actual», por referirse por primera vez a la responsabilidad como doctrina jurídica, basándose en un pensamiento «*ius naturalista*», afirmando que toda persona que causara daños con culpa tenía la obligación «natural» de repararlo sin la necesaria existencia de una norma que así, lo indicara.

En cambio, anteriormente el término responsabilidad no se utilizaba para representar a lo que hoy se conoce como la obligación de resarcir el daño, a pesar de que el fenómeno ya era analizado por diversos autores sin mencionar la palabra «responsabilidad».

A manera de ejemplo, podemos hacer alusión al pasaje de Peirano Facio (1981) cuando señala que Pothier, solo por excepción, emplea la palabra responsabilidad, y Domat, quien formuló una teoría más coherente y generalizada de la responsabilidad civil; ellos no utilizaron este término en sus obras.

Los autores franceses, Pothier y Domat, a quienes se le atribuye grandes aportes al derecho civil, no asemejaban aquella garantía jurídica que recibe una persona, consecuencia de un menoscabo, con la palabra: «responsabilidad».

En lugar de ello, empleaban términos como «el garante del daño», «reparación de daños», etc. No es, hasta los años 1700 en Francia que diversos autores contemporáneos hacen uso de la palabra responsabilidad con un sentido jurídico.

Filósofos y escritores del siglo XVIII dieron inicio al empleo de este vocablo, quienes sin duda lo heredaron de Inglaterra; pero, es en Francia donde se registró por medio del «Diccionario Crítico de Necker y Féraud» de 1789 el sentido de la palabra responsabilidad como hoy la conocemos (cfr. Mazeaud 1977 y Peirano Facio, 1981).

Adicional, es oportuno anotar que en el siglo XIX llega a nuestro derecho occidental la elaboración doctrinaria del jurista francés Jean Domat, realizando un significativo aporte al distinguir entre el incumplimiento contractual, delito penal y cuasidelito.

2. Breve evolución de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil, también desarrollada actualmente como derecho de daños, ha mantenido una constante evolución desde su aparición en el mundo jurídico. En ese caso, se expone brevemente los eventos históricos más relevantes que han colaborado al desarrollo y transformación de la figura.

2.1. Venganza privada

La primera forma de responsabilidad se remonta a la época antigua de Roma, por medio de venganza privada. En sus principios se aplicaba de manera desproporcionada, pero posteriormente se reguló con la *Lex Talionis*.

La Ley del Tali3n no era m3s que la imposici3n del castigo replicado a la afectaci3n cometida; es decir, la v3ctima aplicaba el mismo da3o que sufri3 a su agresor, bajo un supuesto concepto de justicia. A prop3sito, el concepto etimol3gico de Tali3n deriva del lat3n «*talis*» o «*tale*» que quiere decir «id3ntico» o «semejante».

Es muy importante se3alar que la *Lex Talionis* ten3a su preponderancia en limitar la venganza arbitraria y de manera desigual, exigiendo da3os proporcionales y con las mismas consecuencias, por lo que la venganza privada no significaba un castigo equivalente ni superior, si no id3ntico, resultando com3n encontrarnos con el adagio «ojo por ojo, diente por diente» al momento de abordar su estudio.

Al respecto, el C3digo de *Hamumurabi* del a3o 1760 a. C. - Babilonia hace referencia a la aplicaci3n de la Ley del Tali3n en casos muy concretos. As3 tambi3n, la Ley de las XII tablas dictada en el a3o 305 a. C. recog3 este

principio de venganza: «Mutilado el miembro, si no hay transacción, impónganse al autor la Ley del Talión».

La práctica de esta modalidad se registra en las sagradas escrituras (entre el II y el I milenio a. C). Por ej., en el Libro de Éxodo 21:23 «Mas si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida», 21:24 «ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie», 21:25 «quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe».

De modo similar anotan los libros de Deuteronomio 19:21, Levítico 24: 18-20, Mateo 5:38, Hechos 24:20, ejemplos, todos estos, que dan fe de su primitiva aplicación y aceptación social.

Como se puede observar, este tipo de justicia poco se centraba en el verdadero resarcimiento del daño. Esto se debe, quizás, a que en aquellos tiempos existía una confusión entre reparación y pena, siendo la «venganza privada» de inútil practicidad y provecho material para la víctima.

2.2. Composición voluntaria

Seguidamente, se limitó el accionar arbitrario y netamente vengativo con la composición voluntaria. El afectado decidía si se cobraba con venganza o prefería porción del patrimonio del responsable, situación que resultó ventajosa, ya que se le otorgaba precio al daño.

Esto significó un avance para el derecho, aunque no siempre se otorgaba una compensación justa. Luego pasó a ser costumbre de la sociedad romana de optar por la composición por sus resultados beneficiosos. Cabe destacar que para lograr esto, existió una etapa de transición, en la cual aún se practicaba la venganza privada.

2.3. Composición legal

La composición legal consistía en la tasación de los daños, otorgándole precio al daño por medio de normas. En esta etapa se incluye la figura del tercero imparcial, emisario de las autoridades y fiscalizador del cumplimiento de lo preceptuado respecto a las peticiones excesivas de dinero.

También se distingue entre el delito privado, donde se lesiona el interés del particular, aplicando retribución; y, el delito público como aquel que afecta a la sociedad, merecedora de un castigo (pena) por parte del Estado.

Es importante señalar que las etapas, venganza privada y venganza legal, nunca fueron de aplicación absoluta, esto se debe a que la Ley de las XII Tablas contenía de manera expresa opciones híbridas, como por ejemplo anota Bustamante Alsina (1997): «en la injuria es legal para la injuria corporal y lesiones ordinarias, y es voluntaria en cambio para el caso de fractura de un miembro donde puede aún aplicarse la Ley del Talión» (p. 32).

2.4. Represión del Estado

Como era de esperarse, el sistema tarifario fue fuertemente juzgado y criticado, debido a que se fijaban sumas que no todas las personas podían sufragar. Además, no se tomaban en cuenta factores sociales, personales y sobre todo económicos ni la malicia e intención del agente para fijar las sumas a pagar.

Todo esto llevó a una necesaria intervención del Estado en el cual se prohibió en lo absoluto que el ofendido aplicara cualquier castigo a su ofensor y la necesaria implementación del «*ius puniendi*». Ahora, todas las penas eran de orden público, siendo el Estado el único que evaluaba la conducta de ser o no

susceptible de castigo.

Esta etapa de la historia se caracteriza por el intento de separar los daños de la venganza y eliminar el provecho excesivo injustificado, lo que debió ser desde un principio el epicentro del resarcimiento.

Los autores Henri y Léon Mazeaud, junto con André Tunc (1977, p. 37), hacen referencia a este momento de la historia, cuando anotan que: «En lo sucesivo, el Estado es el que pena y muy pronto, es el único que pena (...) la víctima pide solamente una indemnización, ya no es cuestión de venganza, sino de reparación». Aquí se diferencia tajantemente la responsabilidad civil de la responsabilidad penal.

La víctima solo tenía derecho a exigir una indemnización derivada del daño causado por el hecho punible, y he aquí lo que en la actualidad se conoce como la acción de daños y perjuicios, dejando a un lado la venganza y el provecho excesivo, bajo la decisión de un tribunal imparcial que toma elementos particulares de cada caso, aplicado a nuestra realidad jurídica occidental actual.

2.5. Francia, siglo XIX

Es en Francia, en el siglo XIX, donde se elabora una doctrina respecto a la responsabilidad civil de la mano del jurista Jean Domat, mismo quien diferenció entre el incumplimiento contractual, delito penal y cuasidelito.

Posteriormente, Robert Joseph Pothier procedió a distinguir entre delito (causados con intencionalidad) y cuasidelito (causados con negligencia), indubitables generadores de responsabilidad civil.

Tanto Domat como Pothier influyeron considerablemente en la elaboración de los artículos 1382 y 1383 del Código de Napoleón de 1804, los cuales han servido de sustento en el marco del derecho positivo en relación a la responsabilidad derivada por culpa de manera general, y cuyo tenor primordial es que: «todo daño inferido a otro por hecho o culpa debe ser reparado por el autor». He aquí el primer destello en del derecho positivo y que sirvió de referencia para las venideras codificaciones occidentales. De tal modo, el Código de Napoleón inspiró a varios Códigos Civiles, como el Código Civil de Andrés Bello en Chile, que sirvió posteriormente de modelo para los de Nicaragua, Venezuela y Colombia; y que por situaciones históricas también al Código Civil de Panamá.

2.6. Caso *Teffaine* y el riesgo

Muchos son los casos que se pueden mencionar como referencia de desarrollo de la responsabilidad civil, pero es a partir de la Revolución Industrial, cuyo auge se dio en el siglo XIX, entre los años 1820 a 1840, trajo distintos procesos de transformación de forma económica, social y tecnológica.

Desde entonces, con la introducción del maquinismo y novedosos métodos y técnicas de empleo se acentúa la aparición de daños injustos a los empleados, dependientes y a terceros, emanados de cosas (máquinas, vehículos, etc.), siendo necesaria la aplicación de nuevas soluciones para el reconocimiento de indemnizaciones, ubicando al daño como eje rector y no a la culpa, por ser un factor, en ocasiones, imposible probar y/o determinar en dichas actividades.

Para evitar un resultado injusto de detrimento no resarcido en cabeza de la víctima, los franceses vuelven a innovar la interpretación y consecuente aplicación de las normas jurídicas; en esta ocasión, el artículo 1384 de su Código Civil del siguiente contenido: «no solo por el daño causado por el hecho propio sino hecho también de aquel que han causado las personas por las que se debe responder o de las cosas que se tiene bajo la guarda». Su sola lectura parecía no exigir evidencia alguna de culpa, sino más bien, la demostración del daño.

Al respecto, no existe mejor ejemplo en dicha época que el caso *Teffaine*. En resumen, este caso fue resuelto por medio de la Corte de Casación el 18 de junio de 1896, en el que un mecánico muere por la explosión de una locomotora, específicamente una caldera.

Se señaló que el primer párrafo de la norma *in comento* proporciona una solución diferente al régimen de culpabilidad del artículo 1382, toda vez que se consideró que el guardián de la cosa puede ser condenado sin culpa con la sola prueba del vicio.

Se determinó que en el artículo 1384 se encontraba una presunción en la que no resulta necesario que la cosa sea accionada por la mano del hombre para que éste resultare responsable, dando nacimiento a la responsabilidad sin culpa, o como mejor se conoce como: «responsabilidad objetiva», contraposición a la responsabilidad subjetiva.

Otro aporte que se dio en Francia fue el reconocimiento del riesgo profesional, bajo la premisa de que el empleador ejerce una actividad que conlleva peligro, y por ende, amenaza constantemente a todos los que allí trabajan, con igual fundamento en la responsabilidad objetiva.

Estas ideas fueron mayormente elaboradas por Saleilles, influenciado por el Derecho Alemán, ya que a pesar de que se mantenía un origen teórico en Francia, Alemania aplicó por primera vez, mediante dos leyes de Responsabilidad Civil del Imperio Alemán de 1871 y 1884, la Ley de Seguro Social de Accidentes de Trabajo. Más tarde Inglaterra expidió la Ley 6 de agosto de 1897 de similar contenido (cfr. Mesa 2017, p. 10).

Entonces, el francés Raymond Saleilles defendió la responsabilidad objetiva bajo el ya citado artículo 1384 del Código Civil Francés, e igual que su compatriota Louis Josserand, consideró que el daño causado por un cosa debía ser reparado por su guardián o propietario, básicamente por beneficiarse de dicho hecho, sin tomar en cuenta la existencia de culpa. Entonces, como fruto de estos esfuerzos nace la Ley francesa de accidentes de Trabajo de 9 de abril de 1898 de corte objetivista.

2.7. Breves matices de la actualidad

Son muchos los aportes que se pueden mencionar; pero, sin duda existen situaciones que inciden significativamente en la actualidad y colaboran a dilucidar la nueva óptica que presenta el derecho de daños para la sociedad y que debemos tener presente.

La responsabilidad civil tiene como norte procurar la reparación en la víctima, siendo la práctica que la misma tenga un aspecto preventivo más que reactivo, aunado al hecho que en la actualidad poco importa quién realmente causó el daño o de la existencia de otra responsabilidad que pese sobre el agente (responsabilidad penal, responsabilidad administrativa, etc.), ya que más importante es conocer quién va a responder.

No obstante, la revolución de la ciencia, nuevas tecnologías y el desarrollo de la industria han propiciado a la mejora de condiciones de vida más dinámicas que ocasionan el excesivo consumo, aumentando los riesgos y exponiendo a la sociedad a diversos daños, como es el caso de los derivados por hechos cibernéticos, dispositivos tecnológicos, masificación de servicios, el desarrollo de profesiones, etc.

En el caso que nos atañe, la práctica médica también ha sido objeto de estudio en la responsabilidad civil, toda vez que se trata de una práctica profesional que lidia con alguno de los bienes jurídicos mayormente tutelados, la vida, la salud y la integridad física, resultando así necesario inquirir la «*lex artis*» para determinar responsabilidades.

También se tiene legislaciones, como la argentina, que en el 2015 adoptó su Código Civil y Comercial de la Nación, y consagra en sus artículos 1757 y 1759 el régimen excepcional de responsabilidad objetiva y el reconocimiento de diferentes manifestaciones de daño, como: la pérdida de la oportunidad, en respuesta al principio de reparación integral.

Por último, en la actualidad es totalmente aceptado que un tercero no involucrado en el hecho ilícito acepte de antemano su responsabilidad por intermedio de un contrato, por ejemplo: los seguros, cuyos inicios se masifican en los accidentes de tránsito. Hasta cierto punto, se puede decir que se modificó lo que se conocía como la responsabilidad civil.

3. Concepto de responsabilidad civil

En sentido *lato*, la responsabilidad civil vendría a ser la obligación de reparar o regresar a su estado normal una situación como consecuencia del daño percibido.

Aun así, existen diversos autores que se refieren al tópico sin ensayar un concepto de responsabilidad civil, figura que merece un estudio casi infinito de diversos presupuestos y hechos cotidianos que se encuentran en plena evolución, por lo que quizás prefieren brindar diversas referencias bajo varios enfoques antes de puntualizar, precisar o describir su propia definición.

Por ejemplo, Jorge Mosset Iturraspe (2004) anota que la responsabilidad civil es «el deber de indemnizar los daños causados culposamente a otro» (p. 69), enunciando la culpa como único factor de atribución, cuando hoy en día es posible atribuir responsabilidad sin verificar este elemento por medio de las teorías que complementan la responsabilidad objetiva, como acepta la doctrina y la jurisprudencia.

Por otra parte, Atilio Aníbal Alterini sostiene que la responsabilidad «implica el deber de reparar de satisfacer una prestación [patrimonial] a favor de la víctima de una infracción» (p. 45), definición algo restrictiva con el sentido amplio, puesto que si bien todas las reparaciones tienen una representación patrimonial, no necesariamente debe tratarse de una prestación (literal), ya que podría darse el caso de que el juez ordene devolver la cosa a su estado normal, hacer un beneficio en compensación a la víctima, o inclusive, el reconocimiento de derechos extrapatrimoniales sin un factor «prestación» en sentido estricto.

Los maestros nacionales Valencia y Trujillo (1997, p.169) opinan que: «la responsabilidad civil se da cuando la persona que ha causado daño tiene la obligación de repararlo en naturaleza o por un equivalente monetario (normalmente mediante el pago de una indemnización a perjuicios), medidos y anuentes a la solución de reparación».

Ahora bien, existen definiciones más acertadas con la realidad actual y que son adaptables a diversas situaciones de la vida en sociedad, así como: «la idea de responsabilidad civil nace como consecuencia de un reproche a la

conducta del agente productor del hecho dañoso -a los efectos de la reparación- o bien como una atribución legal hacia un sujeto que la normativa indica como soporte de esta situación jurídica» (Gherzi, 1994, p.516).

Esta definición deja en manifiesto que la atribución de responsabilidad puede ser producto de la norma, suprimiendo la tradicional idea de culpa, con la finalidad de que la víctima sea beneficiada bajo la premisa de la reparación integral¹ y la presunción de la responsabilidad.

Como se ha observado, las definiciones se asemejan entre sí, sin embargo, cada una aporta un elemento distinto o una perspectiva diferente de la responsabilidad civil.

¹ Hoy en día la reparación integral es el fundamento esencial de la responsabilidad civil, lo cual busca que todo daño que percibe una persona de manera injusta sea reparado en la misma medida y equivalencia del detrimento. No obstante, este principio tiene límites que descansan en distintos fundamentos que convergen con el principio de integridad para no tropezar con lo irracional. Tal es el caso del lucro cesante que no puede ser arbitrariamente asignado por el Juez si no goza de elementos reales de lo dejado de percibir, aunque no exista duda de una ganancia a incorporarse a su patrimonio; la reparación aquí quizás cobre un matiz paliativo, dado que la indemnización tampoco pueda tornarse inicua y desconocedora de la realidad ante la manipulación del concepto de justicia que subjetivamente se adoptan con supuestas bases en los intereses de quien la invoca.

Sus causas siempre inciden en lo meramente económicas. Por tal razón, la integridad, en ocasiones, cobra un matiz sugerente en aquellos casos donde quien responde es una persona de escasos recursos y reconocer todos los daños posibles «íntegramente», en el que únicamente es viable aplicarlo en un rango posible en el que el responsable cubra lo exigido y que de tal modo ello no suponga un hecho ruinoso.

Otro caso semejante es la imposibilidad de cubrir el daño causado en su totalidad, prácticamente infinita, como habitualmente se quiere ejercitar en contra del Estado. Las aseguradoras son conocedoras de estos límites, bajo el juego de palabras «límite de responsabilidad» como terceros responsables. Otro caso que interesa a la «reparación integral» es aquel en el que se desempeñan actividades peligrosas, y en el que internacionalmente se reconocen topos para indemnizar cargas o hasta la vida misma (que tiene un valor más allá de lo monetario), (cfr. el Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944, conocido como Convenio de Chicago). Las pensiones por invalidez tampoco se reconocen de manera «integral», estrictamente, dado que estos son casos en el que se ataca un fondo común por hechos que, eventualmente, sucederán y no puede empobrecer el fondo como si fuera de exclusiva reserva para aquella víctima.

Así también, sin agotar la autarquía personal que plasman los contratantes, se puede hacer mención de los límites fijados por la Ley como por ejemplo: cuando el agente incumple, pero actúa de buena fe, solo responderá por los daños previsibles. Entre otros casos a lo que Max Weber citado por Díez Picazo (1999, p. 237) llamó: «los paliativos o mitigantes de la reparación integral», en la que se refiere además a esos mecanismos que adoptan las legislaciones que van desde culpa levísima a dolo para graduar la responsabilidad, dando legalidad a un concepto de equidad cuestionable.

Todos los conceptos coinciden en que al menos deben existir dos partes, siendo la víctima quien exige la reparación del daño mediante la reintegración de la cosa al estado natural anterior al perjuicio (restitución), o por medio del pago de un equivalente en dinero, con relación al perjuicio causado (resarcimiento), como modalidades de la indemnización y otra persona que responde.

Otro punto importante sería la utilización de la palabra «civil», adjetivo calificativo que se emplea para diferenciar la responsabilidad de otros tipos, por ejemplo, de la responsabilidad penal.

Esto ocurre para distinguirlo del carácter general de la responsabilidad jurídica; y es que el daño refiere a la disminución de carácter patrimonial o personal que recae sobre la víctima, en derecho esto se considera daño privado, y que por lo general siempre repercute en una manifestación monetaria.

La responsabilidad civil es, por lo general, de carácter patrimonial, debido a que recae en el patrimonio del agente causante del perjuicio. El artículo 1653 del Código Civil ratifica nuestra afirmación: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros».

De las definiciones antes mencionadas, podemos dar nuestra definición de responsabilidad civil, considerando que es: La obligación que tiene un sujeto de reparar un daño ocasionado a otra persona injustamente por él, por sus dependientes, subordinados o las cosas bajo su guarda, donde el factor que atribuye tal obligación se determina por medio componentes subjetivos u objetivos.

Ahora bien, a nuestra consideración una noción de responsabilidad civil debe contemplar diversos elementos. Dicho ideal lo exponemos brevemente:

1. Debe existir un daño que es causado a otro injustamente.
2. El responsable es un individuo con capacidad de obligarse.

3. El quebrantamiento de una obligación proveniente de un contrato (régimen contractual) o el quebrantamiento de una obligación legal de no dañar a los demás, «*alterum non laedere*» (régimen extracontractual).
4. Debe contemplar el fundamento de la responsabilidad subjetiva (culpa) u objetivo (sin culpa), que viene a ser la razón que toma en cuenta el derecho para atribuir responsabilidad.

Para concluir, la responsabilidad civil expresa la consecuencia de un efecto negativo que deviene del quebrantamiento del ordenamiento jurídico, y que despierta un reproche suficientemente considerable para que el derecho endilgue las cargas a quien corresponda. En ese sentido, la responsabilidad civil trata más bien de un tema pecuniario o por lo menos valorable en él, que también puede asentarse en la restitución o reparación, y sobre todo, busca el cese del daño por medio de su implementación.

4. Clasificación de la responsabilidad civil

Antes de continuar, queremos resaltar que somos partidarios de la existencia de una sola responsabilidad (Tesis de la Unidad), ya que siempre se ha de requerir el incumplimiento de una obligación, el perjuicio, factores de atribución, y en especial, la indemnización de la víctima; sin embargo, se aborda en este apartado los regímenes contractuales o extracontractuales, y sus disimilitudes que tienen efectos en la práctica; además, el tema también comprende aquellas fuerzas que ocasionan la necesidad de reparar los daños: el hecho propio, del hecho ajeno o del hecho de la cosa.

4.1. Según su origen: contractual y extracontractual

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido notables diferencias cuando el ilícito nace de una relación contractual o si proviene de un delito civil o cuasidelito, ya que el nacimiento del daño se da en panoramas que merecen consideraciones y tratamientos distintos.

Como bien señala el artículo 974 del Código Civil a lo que concierne a las fuentes de las obligaciones, las mismas nacen de: « (...) la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia», entonces, se procede a distinguir los mismos en dos regímenes según su origen, responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

4.1.1. Responsabilidad civil contractual

Se denomina responsabilidad civil contractual cuando existe un ilícito que necesita de la previa existencia de un contrato o pacto entre los involucrados. En estos casos, una de las partes o ambas, irrumpen la Ley registrada por ellos, ya sea incumpliendo el contrato, cumpliendo tardíamente o cumpliendo defectuosamente, ocasionando perjuicios para el otro signatario.

La responsabilidad contractual tiene su fundamento legal en nuestro derecho, principalmente en el artículo 986 del Código Civil, en el que el agente tiene el deber de indemnizar al compromisario cuando incurra en dolo, negligencia o morosidad y contraviene directamente el tenor de lo estipulado.

Cabe anotar, que la obligación de reparar en la responsabilidad contractual es el efecto negativo de una obligación principal pactada que no se perfeccionó según lo concordado por las partes, en otras palabras, incumplió (absoluta o relativamente) el contrato, bajo el concepto que brinda el Artículo

1105 del Código Civil: «(...) un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (...)», alterándose la confianza de los participantes.

4.1.2. Responsabilidad civil extracontractual

Por otra parte, en la responsabilidad extracontractual no existe vínculo previo entre las partes. El hecho de reparar nace como la única interacción entre ellos. Es más bien el efecto de una violación al principio legal de no dañar a los demás, a fin de que la sociedad mantenga un adecuado desenvolvimiento.

Para Colin y Henry Capitant (1951) «La responsabilidad extracontractual existe cuando una persona causa por sí misma, o por medio de otra de la que responde o por obra de una cosa de su propiedad, un daño a otra persona, respecto de la cual no estaba ligada por vínculo obligatorio alguno anterior» (p.151).

El fundamento legal de la responsabilidad extracontractual en nuestro derecho se sitúa en el Código Civil de manera general, específicamente en el artículo 1644, el cual dice que: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

Por consiguiente, la finalidad de esta norma es que la víctima de un hecho ilícito deberá ser resarcida y no debe existir tolerancia ante los menoscabos injustos ocasionados, lo que deriva del principio de no dañar a nadie, conocido por los romanos como «*neminem laedere*» o «*alterum non laedere*», una de las tres máximas de Ulpiano. Por su parte, varios autores coinciden que en Roma la «*Lex aquilia*» fue precursora de la responsabilidad extracontractual.

4.1.3. Diferencias y efectos

Entre el régimen de responsabilidad civil contractual y el régimen de responsabilidad civil extracontractual existen diferencias, las cuales trascienden como efectos jurídicos al momento de endilgar responsabilidad e indemnizar el daño. Siendo así se expone las diferencias y efectos más notables para complementar el presente estudio:

- **En cuanto a su origen:** La responsabilidad civil en el ámbito contractual es antecedido por un vínculo entre las partes denominado contrato, ya presentan una relación obligacional que luego será objeto de indemnización debido a su incumplimiento (absoluto o relativo).

En la responsabilidad extracontractual la obligación es nueva y no tiene precedente alguno; se trata de un hecho ilícito (delictual con intención o cuasi – delictual con falta de prudencia, pericia o negligencia) en violación al deber general «*alterum non laedere*».

- **En cuanto a la culpa y el dolo como factores de atribución:** En la relación contractual existen distintas escalas de culpa: levísima, leve, y grave equiparada a dolo, lo cual podría inclusive graduar su responsabilidad.

En materia extracontractual la distinción de las especies de culpa contempladas el artículo 34-c del Código Civil es de poca relevancia, ya que el solo ilícito ocasionado, así sea con culpa leve, es responsabilidad del agente en la misma medida.

- **En cuanto a la extensión del resarcimiento:** Aquí el nivel de intencionalidad marcará una pauta, la buena o mala fe.

En materia contractual despierta mayor importancia. El artículo 992 del Código Civil indica que el deudor de buena fe responderá por los daños

previstos, aquellos que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y pudieron haber sido deducidos o tener indicios de su probable ocurrencia. En los casos de mala fe, el deudor responderá de todos aquellos que se deriven de la falta, inclusive de aquellos hechos imprevistos que emanaron del incumplimiento.

En materia extracontractual esto cambia sustancialmente. Responderá tanto de los previsibles e imprevisible sin necesidad de considerar la buena o mala fe del agente.

- ***Onus probandi***: En materia contractual existe un supuesto híbrido. La culpa se presume en aquellos casos donde las obligaciones son de naturaleza positiva (dar o hacer) y basta que el acreedor demuestre la existencia de un vínculo obligacional con el deudor, por lo que corresponderá al deudor probar que ha cumplido con su obligación pactada. Los de naturaleza negativa o de abstención (no hacer) corresponderá al acreedor demostrar el hecho que realizó el deudor y que a su vez viola la obligación de inactividad.

En materia extracontractual el que alega culpa simplemente debe probar los hechos que acrediten dicha conducta.

- **Capacidad del agente**: En materia contractual se exige la previa capacidad para contratar, por lo que será la característica de los integrantes. En materia extracontractual, quien genere el hecho dañoso no se encuentra frente a una calificación previa, siendo así los incapaces posibles agentes productores de daño.
- **La consumación de la mora**: En materia contractual, se incurre en mora por la dilación del cumplimiento de la obligación en aquellos casos sujetos a plazo, y al no estipular un plazo se alcanza la mora una vez que se esté

frente a la interpelación del acreedor o de un hecho que desde su ejecución constituya un plazo fatal («*mora ex re*»).

En materia extracontractual la mora inicia simultáneamente a la ocurrencia del daño, ya que la obligación de reparar tiene su génesis en el hecho inmediatamente exigible.

- **En cuanto al derecho que es violado:** En el ámbito contractual se viola la voluntad de una de las partes en atención al otorgamiento de su confianza, por la no realización del objeto del contrato, violando así un interés privado, un derecho de crédito.

En el ámbito extracontractual se viola un interés jurídico que contempla la obligación de no dañar a los demás. Se viola además un interés público-social.

En ese sentido tenemos que: «Quien viola un deber legal (no perjudicar a otro), viola exigencias del orden público; quien viola la palabra empeñada, desconoce interés de orden privado» (Saintelete citado en Valencia y Ortiz, 1998. p.152).

- **Término de prescripción de la acción:** El plazo de prescripción para la acción de responsabilidad civil en materia contractual es de siete (7) años según el artículo 1701 del Código Civil (salvo pacto en contrario).

Para la responsabilidad extracontractual (delitos o cuasidelitos) es de un año (1) a partir de que lo supo el agraviado, como preceptúa el artículo 1706 del mismo compendio legal. En los casos en que exista demanda penal o administrativa presentada oportunamente, dicho año será contado desde la ejecutoria de la sentencia respectiva.

A manera de comentario, es muy importante tener presente que existe el fenómeno denominado *cúmulo de responsabilidades*, el cual consiste en los daños y perjuicios que se originan del incumplimiento de una relación contractual; empero, surgen otros daños como consecuencia del incumplimiento de índole delictual o cuasi delictual civil. Es decir, en una misma causa existe responsabilidad contractual y extracontractual, situación que no resulta nada fácil de analizar, toda vez que la víctima debe ejercer su derecho a la indemnización única, siendo algo ilusorio la aplicación real de un verdadero «*cúmulo*» de responsabilidades².

4.2. Según la fuerza que ocasiona el ilícito: por hecho propio, por hecho ajeno y por hecho de las cosas

Este apartado se refiere a las situaciones, circunstancias o fuerzas que despiertan la necesidad de reparar el daño.

4.2.1. Responsabilidad por hecho propio

En primer lugar, la responsabilidad por hecho propio, conocida también como responsabilidad directa o responsabilidad simple, lo que se debe a que la persona llamada a reparar el daño coincide con la persona que ocasiona la conducta que lesiona.

² El profesor Chileno Hernán Corral (2016) supone un ejemplo que nos facilitará la explicación, con las lesiones causadas en una intervención quirúrgica que ha sido objeto de un contrato de prestación de servicios médicos. Obviamente el paciente puede demandar el resarcimiento de responsabilidad contractual, pero aún ante la ausencia de un contrato, los hechos constituyen por sí un ilícito dando pie a reclamar por medio de los postulados de la responsabilidad civil extracontractual. Dicho autor prescribe que el paciente debe tener la opción de elegir entre la responsabilidad contractual o extracontractual para ser resarcido. Una de las soluciones que ha sido recogida en el derecho colombiano, es que la víctima debe demandar con fundamento a las reglas contractuales, con la posibilidad de invocar el contrato para reclamar aspectos de responsabilidad extracontractual.

Se puede decir que el artículo 1644 del Código Civil brinda un ejemplo literal cuando describe que: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado (...)».

En materia contractual el hecho propio viene a ser premisa mayor, debido a que en la mayoría de los casos solo está involucrada la voluntad de aquella persona y su incumplimiento; este cumplimiento defectuoso o tardío que genera detrimentos, correspondiéndole la carga de indemnizar los daños y perjuicios perpetrados, a efecto de contravenir su obligación.

El artículo 986 del Código Civil refiere de forma directa a este supuesto: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas».

4.2.2. Responsabilidad por hecho ajeno

En segundo lugar, está la responsabilidad por hecho ajeno. Aquella que deriva de diversos factores de derecho o de hecho que vinculan al responsable con quién ocasiona el daño.

Conocida como responsabilidad compleja o indirecta, básicamente porque quien no ha sido causante material del hecho dañoso le compete responder. Sea esta persona natural o persona jurídica, de derecho privado o público, responde por otra.

En la responsabilidad por hecho ajeno resulta insoslayable que ambas partes, el tercero responsable y el autor del daño, no sean completamente desconocidos, pues, no se trata de responder por el daño que comete cualquier persona; debe existir una relación entre el que realiza el daño y el tercero responsable.

Se considera que el tercero ha incurrido en dicha responsabilidad por presumir su culpabilidad con negligencia por carecer del cuidado especial que debió haber tenido con el autor del daño, que en varias ocasiones se traduce a «*culpa in vigilando*» (de vigilancia) o «*culpa in eligiendo*» (de elección)³.

4.2.3. Responsabilidad por hecho de las cosas

Por último, la responsabilidad por hecho de las cosas, conocida también como responsabilidad compleja e indirecta: «Se trata pues, de una responsabilidad que emerge del hecho de las cosas donde no hay ninguna participación del hombre, que surge independientemente de este» (Valencia y Trujillo, 1998, p. 189).

³ En cuanto al régimen de responsabilidad extracontractual por hechos ajenos, nuestra Código Civil en su artículo 1645 advierte un listado de supuestos en donde se responde por otras personas: El padre y la madre solidariamente de los perjuicios causados por los hijos menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía; los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto a sus dependientes en sus funciones, o con ocasión de sus funciones. Dicho artículo también contempla la responsabilidad del Estado, las instituciones descentralizadas y el Municipio por conducto del funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones y los maestros o directores de artes y oficios respecto a los alumnos o aprendices mientras permanezcan bajo custodia, referencias que asumimos que deben ser empleados como *numerus apertus*.

Cabe destacar que el artículo citado menciona que las personas de derecho privado podrán librarse de dicha responsabilidad siempre que prueben que han actuado con la debida diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño (presunción de culpabilidad). Nuestra casa de justicia, aunque de un modo no tan certero ha dado sus opiniones con respecto al hecho ajeno supone que se trata de una responsabilidad por hecho propio, situación que no compartimos dado que cada persona responde por sus actos, pero en estos casos estipulados en el artículo 1645, por ejemplo, responde por un deber de garantía para con los terceros, rompiendo con el nexo causal si demostraron su deber de prevenir el daño por medio de su conducta: «(...) A su turno, los obligados a resarcir el daño causado por personas de quienes se deba responder, se liberan de la responsabilidad acreditando que ejercieron un especial cuidado para prevenir la causación del daño, mediante el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba previsto en el mismo artículo citado in fine (...). De otro lado, la responsabilidad que le cabe a estas personas es una responsabilidad directa por hecho propio, derivada de la falta de cuidado en la vigilancia o elección del autor del daño (...)» (Corte Suprema de Justicia, Sala Primera de lo Civil, Panamá; Rubén José Herrera Vargas y otro recurren en casación en el proceso ordinario que le sigue Alexandra Lilian España Rodríguez, 24 de junio de 2002. Ponente: Rogelio Fábrega Z.).

La responsabilidad por las cosas ha sido clasificada por la doctrina en dos: por hechos de cosas inanimadas (cosas en general), y hechos de las cosas animadas (como lo es el caso de los animales). Por otra parte, nuestra legislación civil contempla cinco artículos que señalan algunos supuestos de responsabilidad por hecho de las cosas, que van del artículo 1647 al 1652⁴.

5. Elementos de la responsabilidad civil

Existen elementos imprescindibles que deben comparecer para que se configure la responsabilidad civil. Recordemos que es una sola responsabilidad, por lo que independientemente de tratarse de un régimen contractual o extracontractual, o si el daño es causado por hecho propio, hecho ajeno o por hecho de una cosa, la responsabilidad demanda los siguientes presupuestos: hecho ilícito, el daño, la relación de causalidad y los factores de atribución. Por su parte, la jurisprudencia panameña ha reconocido estos elementos al situarse ante pleitos que persiguen la responsabilidad civil⁵.

⁴ 1. Los artículos 1647 y 1648 se refieren a aquellos daños que ocasionan las cosas animadas, como los son los animales. 2. El artículo 1649, refiere el caso de edificaciones en ruinas, que resuelve el evento en que existan dos propietarios, ha de ser una responsabilidad a prorrata con relación a sus cuotas de dominio. 3. Los artículos 1650, 1652 y 1652-A, al igual que el artículo 1649 se refieren a los casos de cosas inanimadas que causen daño, en aquellas situaciones donde existen riesgos ocasionados por cosas, como explosión de máquinas, la inflamación de sustancias explosivas (artículo 1650, numeral 1 del Código Civil), humos excesivos (artículo 1650, numeral 2 del Código Civil), caída de árboles que causen daños, siempre y cuando no sea ocasionado por fuerza mayor (artículo 1650, numeral 3 del Código Civil), emanación de cloacas o depósitos de materias infectantes (artículo 1650, numeral 4 del Código Civil). En general, se refiere a ciertos casos de responsabilidad extracontractual derivada de las cosas donde no se ha procedido con la debida diligencia, o no se ha tomado la precaución necesaria; este tipo de daños son más comunes en la esfera empresarial e industrial. 4. El artículo 1652 alude a la cabeza de familia que es responsable de las cosas que arroje o cayera de las casas, y el artículo 1652-A señala el caso del fabricante de un producto que consume el público y que cause un perjuicio, mediando dolo, culpa, o negligencia.

⁵ A guisa de ejemplo, se cita la siguiente opinión de la Corte Suprema de Justicia, que resalta el reconocimiento de los elementos de la responsabilidad civil: «Antes de proceder al examen de los elementos probatorios ignorados, la Sala debe recordar que para que tenga éxito la acción o el derecho sustantivo que alega tener el casacionista /reconvencionista, se precisará que las pruebas aportadas acrediten los elementos de la responsabilidad civil extracontractual; es decir, el hecho, el daño y el nexo de

5.1. Hecho ilícito

El primer elemento de la responsabilidad civil es el hecho, el suceso, la conducta. Un evento que altera el normal devenir y que especialmente no es tolerable por la Ley o por la moral.

El hecho ilícito es el germen y motor que conlleva a la consecuencia jurídica de responder por sobreponerse al ordenamiento jurídico. Por tal razón, se hace énfasis en el adjetivo «*ilícito*», siendo que un hecho que causa daño podría ser lícito o tolerable, amparado por causas que eliminan la antijuricidad. (ej.: la legítima defensa, caso fortuito).

Al anotar “hecho ilícito” se refiere al ser humano. Esto se debe a que es el ser razonable, capaz de ser responsable, al que se le exige una conducta y tiene parámetros legales y axiológicos. El hecho ilícito, por medio del ser humano, impulsa la actividad jurídica mediante su conducta positiva (acción) o negativa (omisión), y por tal situación, responde por ellos, el de sus dependientes o aquellas cosas que tenga a su custodia.

Al respecto anota puntualmente Gherzi (1998, p. 525) que: «El hecho humano: cuando el daño se realiza “por las cosas”, y es igualmente aplicable el planteo, cuando interviene otros seres asimilados por la ley a estas, tales como los animales».

Así también, tenemos que en el caso de las personas jurídicas o morales, las mismas requieren de la intervención del hombre. Quizás por ello autores como Gherzi (1998) se refieren a esta sección como «Hecho humano» en vez de hecho ilícito. No obstante, esta investigación se mantiene en la tradicional

causalidad entre esos dos elementos y la culpa del demandante» (Corte Suprema de Justicia, Sala Primera de lo Civil, Panamá; Alejandro Palm López, Graciela Valdés de Palm recurre en casación en el proceso ordinario que le sigue a Mario Alberto Acedo, Recurso de Casación. 11 de junio de 1998. Ponente: Eligio A. Salas).

nomenclatura de hecho ilícito, o como anota Bustamante Alsina (1997) «antijuricidad», toda vez que se resalta la no admisibilidad e intolerancia de la conducta y no el sujeto que activa la responsabilidad civil.

5.2. Daño

El hecho ilícito no tiene preponderancia sino se produce daño. Elemento que crea la necesidad de indemnizar, puesto que sin ello se estaría frente a un enriquecimiento injustificado.

Para Jorge Bustamante Alsina (1997, p.167) el daño: «significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o las afecciones legítimas (daño moral)».

En suma, el daño consiste en todo aquel detrimento que puede padecer una persona (material o extramaterial), pero al ordenamiento jurídico le interesa el daño posible de indemnizar, en otras palabras, aquel que tiene un efecto jurídico importante y a su vez contempla una serie de requisitos que pasaremos a explicar más adelante.

Por cierto, existen varias subclasificaciones, entre ellas: «daño emergente» y el «lucro cesante», por lo que cada vez que estemos frente a un hecho dañoso se deberá considerar estas modalidades y otras más que se mencionarán en último capítulo al diferenciarlas con las chances frustradas.

5.2.1. Requisitos del daño

Todo daño indemnizable debe reunir una serie de requisitos. A reglón seguido se exponen los mayormente aceptados por la doctrina: certeza, subsistencia, recaer sobre el afectado y lesionar un interés legítimo.

5.2.1.1. Certeza del daño

La existencia del daño debe ser una realidad, contrario a lo que ocurre con el daño incierto, eventual o hipotético que supone una mera expectativa conjetural, donde solamente se tienen leves indicios de su existencia, de tal manera que no se puede anotar con seguridad la ocurrencia del daño.

De indemnizar un daño del cual no se tiene la plena certeza de su existencia, se enriquece sin causa a quien no ha sufrido un daño verídico y real.

En cuanto al daño futuro, cabe la posibilidad de resarcir un daño siempre y cuando se tenga la certeza que el mismo se llevará a cabo, pues los efectos negativos en la víctima aún no han surtido sus efectos, pero de seguro así será.

De ahí que el daño futuro no se trata de la prolongación de los detrimentos, y de ser así, se estaría frente a un daño actual, pero en pleno desarrollo. El daño futuro debe tener identificada la generación del detrimento.

Sin duda, la certeza del daño y el daño futuro guardan relación con el tema central de nuestra obra, la pérdida de la chance; empero, no se refiere a una certeza del actor en aumentar su patrimonio, sino de la seguridad de participar en esa chance, una pérdida de oportunidad (cierta hasta el momento en que se sacrificó).

5.2.1.2. El daño debe ser subsistente

Todo daño que pretende ser reparado debe tener plena existencia y persistir al momento de su reparación sin haber desaparecido al momento de su reclamación; en cambio, si previamente el agente cumplió con su responsabilidad u otra persona en su nombre, su compromiso habrá desaparecido.

5.2.1.3. El daño debe recaer sobre el afectado⁶

A saber, quien pretenda ser indemnizado debe ser quien ha sufrido el daño, de lo contrario carecería de acción resarcitoria y no podría beneficiarse de un daño que es ajeno.

Sintetizando, el daño propio o personal puede ser directo o indirecto, siendo partes de la consecuencia perjudicial que se generó. Es directo cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, víctima del hecho, y es indirecto o daño rebote cuando los bienes o afecciones de una persona que no está materialmente presente es alcanzado por el daño de manera tal que puede ser reclamante de una indemnización. El ejemplo más concreto de daño indirecto es el de los familiares de una víctima de homicidio.

⁶ Este requisito es cuestionable cuando se hace referencia a los novedosos «*daños contingentes*» o «*peligro de daños*» en el cual se permite accionar reclamando la restitución del estado actual ante un inminente peligro de sufrir un daño (ejemplo: contaminación de aguas), usualmente por medio de una acción de clases o acción popular que no requiere la individualización del actor, justamente porque el efecto nocivo latente no se ha propagado; pero; el (los) patente (s) se encuentra (n) en el radio de peligro. Siendo así, estaríamos ante la evolución del daño donde el mero peligro es suficiente para invocarlo como directo.

5.2.1.4. El daño debe lesionar un interés legítimo

El daño debe afectar un objeto que sea del interés humano y a su vez tutelado jurídicamente; pero, lo destacable es que dicho objeto no puede ser proveniente de un ilícito.

Tal es el caso del bien obtenido de manera ilícita. No podrá obtener reparación si se adquirió o es causa de hechos fuera del marco legal, de lo contrario, se estaría frente a una doble irregularidad, primero por aceptar implícitamente la obtención ilícita de dicho objeto, y segundo, por enriquecimiento injustificadamente al permitir el ingreso de dicha indemnización a favor de quien posee bienes mal habidos.

5.3. Relación de causalidad

Otro elemento es la relación de causalidad, el más controvertido cuando se habla de pérdida de oportunidad.

La relación de causalidad es «el lazo que se establece entre dos fenómenos cuando uno de ellos debe su existencia a otro». (Montoya Gómez, 1977, p.190). Por su parte, Puig Brutau (1997), considera que: «para que la persona acusada de haber ocasionado un daño sea condenada a indemnizar es necesario demostrar que el perjuicio es resultado de su conducta» (p.632).

A nuestro parecer, el estudio de la relación de causalidad no es más que el análisis de la causa-efecto. Del mismo modo, el nexo que debe existir entre el hecho ilícito y el daño para endilgar responsabilidad. El daño proviene de una conducta (acción u omisión) y no nace por mera casualidad.

Para ello, es necesaria la aplicación de las reglas, teorías, conocimientos de los procedimientos en determinados actos y profesiones, así como la experiencia para lograr aproximar un hecho como generador o partícipe del daño que pesa en cabeza de otro, situación que en ocasiones no resulta ser tarea sencilla.

Desde mediados del siglo XIX, se ha tratado de establecer distintas teorías que expliquen cómo se establece el vínculo de causalidad, en ese sentido se habla de: Teoría de la equivalencia de condiciones; Teoría de la causa próxima; Teoría de la causa eficiente; Teoría de la causa adecuada; Teoría de la causalidad virtual y Teoría de la creación injustificada de un riesgo.

5.3.1. Teoría de la equivalencia de condiciones

Esta teoría, en latín: “*conditio sine qua non*”, sostiene que el daño es causa de todas las condiciones positivas y negativas, de manera tal, que de omitir una de ellas el resultado perjudicial no existiría. Argumenta, entonces, que cada condición es vital y equivalente para obtener el resultado daño. Esta teoría se le atribuye a Von Buri entre los años 1860 y 1865, Siglo XIX.

Se critica el hecho de que toda participación, por más mínima, tiene responsabilidad, sin entrar a valorar condiciones, circunstancias, factores de gravedad, participación, intencionalidad o experticia; no suprime las conductas que no inciden en la ocurrencia del daño, por lo que es poco práctico para el juzgador, ya que no inquiere sobre el origen del detrimento.

5.3.2. Teoría de la causa próxima

Defiende Francis Bacon, en sus «*Maximus of Law*» (Inglaterra), Siglo XVI, que la causa que deba ser tomada en consideración es la más próxima en el tiempo, la inmediata al daño, aboliendo así cualquier causa previa a esta.

La crítica es que no siempre la última condición es la causante del daño, en algunos casos, se produce el daño aun con la ausencia de la última causa, siendo posible achacarle responsabilidad irrazonable a quien no lo merece en tal magnitud.

5.3.3. Teoría de la causa eficiente

Desarrollada por los alemanes Köhler y Binding, se refiere a la causa preponderante inclinándose a que no todas las condiciones tienen la mayor consecuencia o agravio. Una causa es más determinante y definitiva que la otra. Aquella que mayormente ha contribuido con el daño.

La valoración adversa que se hace a esta teoría, es que no establece el mecanismo para definir la causa de mayor eficiencia.

5.3.4. Teoría de la causalidad adecuada

Esta teoría de Von Kries manifiesta que las condiciones que forman parte de un resultado perjudicial no tienen la misma equivalencia.

Según Bustamante Alsina (1997, p. 263), esta teoría es: «Aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, esta es la causa». A nuestro parecer, es una atinada aplicación de la

lógica, la razón y experiencia humana, ya que se trata de establecer el nexo en base a lo que acostumbra suceder, la regularidad de la ocurrencia⁷.

Esta teoría resalta la importancia que deben tener las leyes de la naturaleza y en otros casos la aplicación de la referencia estadística.

La recensión que se hace a esta teoría consiste en cómo saber qué hecho va a generar normalmente un daño cuando los hechos son novedosos o enfermedades nuevas que ignora el ser humano, de los cuales no se puede suponer la regularidad de su ocurrencia, dejando un arduo trabajo al juzgador de crear hipótesis que quizás sobrepasen el sentido común por falta de experiencia, ante el estudio de efectos anormales o muy particulares.

Con relación a este apartado se hace referencia al Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, que toma esta teoría como suficiente para determinar cuáles son los daños que corresponden reparar, en función de la relación causal, teoría comúnmente aceptada en la región: «**Artículo 1726. Relación causal.** Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.» (El subrayado es nuestro).

Nuestra jurisprudencia, de igual modo, sigue la corriente de la causalidad adecuada, lo cual ha reconocido en diversas ocasiones, tal es el caso Federico Davis que recurre en casación en el proceso ordinario seguido a Corporación

⁷ Ejemplos de la teoría de la causa adecuada en nuestro Código Civil se ubican en el artículo 992: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». En la responsabilidad extracontractual, la misma también, aunque de no de manera muy clara, se apega a la teoría de la causa adecuada, artículo 1644 del Código Civil «El que por acción u omisión causa daño a otro (...)», contenido del cual se sustrae una conducta implícita que consiste en aquella que naturalmente produciría ese daño, argumentando que la intervención de culpa o negligencia del agente causa un daño según el normal recurrir de los hechos, y que por ende, lo debe reparar.

Agrícola Coclesana, S.A., cuyo pronunciamiento por la Sala Civil data del 28 de octubre de 1998 bajo la ponencia de Rogelio A. Fábrega Z., con respecto al nexo de causalidad es el siguiente:

«Es evidente, como puntualiza la sentencia, que para tener éxito en una pretensión indemnizatoria es menester que la parte demandante tome sobre sí la carga de probar que el autor del daño es la parte demandada, (...) que existe una relación de causalidad adecuada entre el acto realizado y el daño causado, pues, de otra forma, (...) no puede prosperar la pretensión indemnizatoria, por lo que, aun cuando ha habido un error valorativo de las pruebas, este hecho valorativo no tiene incidencia en la parte resolutive de la sentencia recurrida (...).» (El subrayado es nuestro)

Por razones obvias no podemos extendernos y citar cada una de las jurisprudencias que así lo reconocen, pero si podemos citar algunas indiscutibles evidencias a modo de ilustración.

En otra ocasión nuestra Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, en recurso de casación por parte de la representación de la señora Diana Young en el proceso ordinario que le sigue Camilo Henríquez y otros, en decisión de 24 de junio de 2002, nuevamente bajo la ponencia de Rogelio A. Fábrega Z., acota lo siguiente: «En jurisprudencia sentada por esta Corporación de Justicia, se ha dicho que para que proceda la indemnización, es necesario que el afectado pruebe en juicio la existencia del hecho dañoso (culposos), (...) que el mismo fue producido de una conducta ilícita; y, el nexo de causalidad adecuada entre el daño y el hecho dañoso» (El subrayado es nuestro).

De tal modo, en este caso la opinión judicial aportó sus argumentos para justificar razonablemente este requerimiento:

«Significa ello, que no basta la existencia del hecho dañoso, como lo fue el accidente de tránsito en que se vio (sic) afectada la demandante, se hacía necesario que esta última probara en el proceso los daños sufridos con motivo de la acción ilícita del demandado y la relación de causalidad entre al acto voluntario y el daño causado por el sujeto que operaba el vehículo (...).» (El subrayado es nuestro)

De tal modo se puede observar como las posturas del otrora Magistrado Rogelio A. Fábrega Z., que la actividad probatoria de la parte petente debe ir encaminada a una fórmula en la cual se acredite que el acto ilícito que proviene del demandado es la causa del daño que se pretende indemnizar, situación que se traduce a la causa y efecto, según el normal devenir de los hechos, por lo que no será suficiente probar la mera existencia del daño para situarnos ante la responsabilidad civil.

Así también la causalidad adecuada se tiene como teoría dominante en la responsabilidad civil contractual, la cual no puede obviar los postulados de la lógica como elemento enlazador entre conducta ilícita y daño, como bien rescata el Primer Tribunal Superior y luego resaltado la Sala Civil, cuando hace un breve análisis del Artículo 1121 del Código Civil que se refiere a las condiciones que deben reunirse para que se constituya causa de anulación del acto jurídico y por consiguiente del contrato, tomando en cuenta que: «haya sido la causa determinante del contrato»:

«(...) se debe entender que se cumple cuando la acción y omisión dolosa incide sobre la realización del acto jurídico, es decir, cuando es causa impulsora o eficiente del mismo, denominando dolo principal. Es decir, que para que se cumpla la segunda condición, es necesario que medie una relación de causalidad adecuada entre la acción y omisión dolosa y la declaración de voluntad negocial del celebrante del acto jurídico realizado bajo su influjo y contra quien se dirigió la maniobra engañosa.» (El subrayado es nuestro) (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil,

Panamá; Cable & Wireless Panama, S.A. recurre en casación en el proceso ordinario que le sigue Techlink Services Corporation Ponente: Harley J. Mitchell D., Resolución de 8 de junio de 2012).

En todas su versiones, el nexo de causalidad exige un vínculo entre la conducta ilícita y el daño que se materializa por medio del engaño, de tal modo, esta jurisprudencia rescata, de modo particular, que en materia contractual, cuando se trate de evidenciar la materialización del daño por engaño, este debe responder a la lógica para considerarse suficiente, en otras palabras la causa fue predominante para ocasionar el daño que ahora merece de una nulidad del acto jurídico para evitar que el mismo continúe sus efectos nocivos.

La relación causal bajo el prisma de la teoría de la causalidad adecuada ha sido la más aceptada por nuestra doctrina, a tal punto que la considera suficiente para estimar responsabilidad en uno de los campos profesionales donde es más difícil precisar el nexo causa-efecto, hablamos de la responsabilidad civil médica, como se puede extraer de uno de los más clásicos referentes jurisprudenciales de la materia, proceso ordinario instaurado por José Terán Sitton, Gloria Cecilia Pino de Terán, en su nombre y representación de su hija Melissa Terán Pino contra la médico Brittania Rodaniche, recurso de casación bajo la ponencia de Eligio A. Salas, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, decisión del 25 de febrero de 2000:

«A propósito de lo difícil y complejo que resulta para los jueces arribar a la conclusión de que en un caso particular, en donde lo debatido sea el resultado dañoso y la conducta negligente en torno a los servicios prestados en actividades vinculadas con el desarrollo tecnológico, no podrá pasarse por alto que no pocas veces es imposible precisar cómo se han desenvuelto con exactitud los procesos causales en las aplicaciones científicas. Por ello, han sido varias las teorías o doctrinas que los autores y los tribunales han ensayado para la valoración del nexo causal tratándose de daños ocurridos con motivo de la

prestación de los servicios médicos. (...) con el objeto de superar sus obvias limitaciones, se ha erigido la «de la causalidad adecuada», conforme a la cual no todos los acontecimientos que preceden a un daño pueden considerarse como las causas de su producción, puesto que no a todos ellos se les puede otorgar la misma relevancia. «El daño se tiene que asociar a aquél antecedente que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido la causa directa e inmediata; todos los demás son periféricos y por tanto irrelevantes a efectos de atribución de responsabilidad. Por ello, una persona responde de un daño producido solo en el caso de que su conducta culposa haya tenido ese carácter de causa adecuada o causa normalmente generadora del resultado». (El subrayado es nuestro)

Por si fuera poco, dicha doctrina fue utilizada para desvincular la existencia de responsabilidad ante la falta de comprobación que el daño surgió del hecho ilícito por mala praxis médica:

«La Sala se ve obligada a manifestar que las pruebas de autos no ilustran debidamente al tribunal para que pueda llegar a la conclusión de que en este caso se haya demostrado la conducta culpable de la parte demandada en razón de la prestación de sus servicios médicos, al igual que tampoco se ha podido incorporar la prueba que indique que existe una causalidad adecuada o inmediata que asocie de manera directa a la parte demandada con la producción del daño por el cual se ha interpuesto esta demanda». (El subrayado es nuestro)

Como expresa esta jurisprudencia, existe varias teorías que intentan explicar sobre el nexo causal, pero se ha evidenciado que no todos los hechos ilícitos pueden considerarse como productores del daño, y lo más justo sería entrelazar aquel evento que según la lógica y el normal devenir de los hechos sería la más razonable, y así denominarlo como el de “causa adecuada”. De tal modo, al admitir a la relación de causalidad por medio de la teoría de la “causa adecuada” en materia de responsabilidad médica, materia complicada por

naturaleza, se sentó un precedente que sirve para orientar en cualquier materia de responsabilidad civil en otras profesiones.

5.3.5. Teoría de la causalidad virtual

Ante hechos novedosos, la jurista francesa Geneviève Viney (1982) ha ensayado esta teoría que ha sido muy útil en el campo de la responsabilidad civil médica, particularmente con la pérdida de la oportunidad del paciente, por lo que se podría anotar que se trata de una teoría especial, al igual que, por limitarse a situaciones, actividades o eventos específicos.

Esta teoría, a simple vista, parece algo confusa, ya que indica que no existe una directa relación entre la conducta del médico y el daño sufrido por el paciente; pero, en caso que se demuestre que la acción y omisión del galeno disminuyó las posibilidades de sobrevivir, curar o evitar alguna lesión, se le presumirá como autor del menoscabo.

Es confusa porque no condena al médico completamente, si no parcialmente o mejor dicho: proporcionalmente, ya que la conducta del facultativo no consta suficientemente (pero tampoco se descarta). Lo cierto es que no parece justo dejar al paciente sin indemnización. Es una especie de indemnización de equidad, justificando el nexo causal entre la intervención médica y el daño producido.

Para mayor comprensión de esta teoría, Vásquez Ferreyra (1997), en su artículo publicado: «La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil» explica el origen de esta hipótesis que recae sobre un fallo de la Corte de Apelación de Grenoble, Francia, del 24 de octubre de 1962, cuyos hechos fácticos recaen en una herida de muñeca sobre la cual se realizaron pruebas de

radiografía de la mano en 1952, indicando el galeno que no descubrió fractura alguna, por lo que la persona retorna de inmediato a su vida cotidiana.

En 1959, el doliente, al manejar un objeto pesado sintió fuertes dolores, por lo que el médico consultado evidenció la existencia de una fractura sin desplazamiento, motivo del accidente en la muñeca y justificó a su colega, indicando que el estado de la herida debía ser considerado, no como una evolución normal ya que se trataba de un nuevo accidente sobre la muñeca debilitada. Por otra parte, la víctima aducía que el error en el diagnóstico lo privó de los cuidados normalmente aplicables, lo que pudo evitar su invalidez.

Al respecto, el Tribunal Grenoble afirmó que si el diagnóstico hubiese sido correcto se habría practicado una inmovilización y consolidación de la fractura, evitando la pseudoartrosis⁸, por lo que el perjuicio directo y cierto del paciente estriba en la pérdida de la oportunidad de curación.

La Corte de Casación prohijó la noción de la pérdida de la oportunidad en sentencia de 14 de diciembre de 1965, y a nivel doctrinal tiene defensores como Tunc y Durry.

La crítica a esta teoría de causalidad virtual, mediante autores como Fraga y Chabas, señalan que es una corriente protectora del paciente, situación que razonablemente los llevó a afirmar que: «no se puede condenar al entero importe del daño padecido porque la relación causal con la conducta del facultativo no consta suficientemente» (Fraga, 1985, p. 83), lo cual quiere decir que la fractura, en principio, no fue ocasionada por el galeno.

Así también anotan que los franceses pretenden confundir la pérdida de la oportunidad (daño) con la causalidad, y en consecuencia, manifiestan que todos los elementos de la responsabilidad civil deben ser analizados de forma

⁸ Fragilidad en la muñeca por la falta de unión.

independiente, por lo que no puede confundirse el daño y la relación causal en el ámbito probatorio. Además, se presume un vínculo de manera muy arriesgada, puesto que en ocasiones la curación recae totalmente sobre el paciente⁹.

Por otro lado, es en Francia donde, mayormente, se abordan estos temas. Algunos fallos recurren a «la teoría de la causalidad virtual» que solo autoriza a conceder una indemnización parcial, estimativa y a título de pérdida de chance, que el juez fija en equidad. En otros fallos se recurre al concepto de «creación de un riesgo injustificado», el cual se pasará a analizar seguidamente.

5.3.6. Teoría de la creación injustificada de un riesgo

Otra vez Viney (1982) pone en conocimiento de otra teoría, cuando es normal, en estos días, que una persona voluntariamente o negligentemente genere una situación peligrosa, llevando a una persona a sufrir daños por el riesgo creado injustificadamente con culpa.

Se sustenta que el hecho dañoso que sufre el tercero tendría menos probabilidad de ocurrir en la medida que no existiera la introducción de la situación de peligro por el agente, análisis que la doctrina denomina como «previsibilidad objetiva», hipótesis que sirve para dar contenido al resarcimiento bajo los parámetros de la indemnización integral.

⁹ Por nuestra parte, coincidimos con Vásquez Ferreyra respecto a la relación de causalidad en la responsabilidad civil médica, de la cual comenta que: «cada vez mayor importancia (sic) a la prueba de presunciones y también, con carácter residual se ha recurrido a la teoría elaborada por Jorge Peyrano de las cargas probatorias dinámicas», lo que quizás ha llevado a la elaboración de la presente teoría que aplica la «*favor victimae*», como regla de interpretación en el que ya no se mira el acto del autor sino el daño que virtualmente pesa en cabeza del galeno, el cual sin duda tiene participación en la disminución de posibilidad de curar o sanar.

Para ilustrar, se tiene la introducción de máquinas que tienen peligros inherentes, los vehículos, o como describe la autora: aquellos daños causados por una persona sometida a la vigilancia de otra.

Los comentarios que se realizan a esta teoría, entre ellos Beures (1994) y Fraga (1985), opinan que no queda claro lo que debe entenderse como peligro o riesgo injustificado, y consideran que se comete el mismo error de la teoría que antecede, ya que se incide en una confusión; pero, ahora entre culpabilidad y causalidad.

Además, argumentan que para verificar la existencia de responsabilidad civil debe constatarse la ocurrencia de todos sus elementos, entre ellas el factor atributivo, daño, relación causal y antijuricidad de forma independiente, a fin de no llevar el peso económico a un sujeto bajo premisas irracionales e injustas.

Si bien somos partidarios de la teoría de la causa adecuada por permitir mayor exposición de la razón y brinda mayor confrontación entre los administradores de justicia y la doctrina, se debe aclarar que esto no significa la abolición de las demás teorías que se pueden optar, siempre y cuando se brinde la argumentación suficiente para escoger alguna de ellas, explicando la relación entre hecho ilícito y daño¹⁰.

¹⁰ A nuestro parecer la solución aplicable en materia de nexo causal podría ser la de flexibilizar la teoría de la causa adecuada, utilizando no solamente la lógica y la razón del normal devenir de los hechos, sino la estadística, el estudio, la analogía y cualquier otro factor que sea de utilidad. En el caso de la analogía, compartimos el comentario del profesor Timpson (2017), quien afirma que no debe tomarse específicamente y exclusivamente el derecho, también apoyarse en otros sistemas jurídicos similares ya que es necesario tomar en cuenta sus problemas históricos y costumbres semejantes al nuestro.

5.4. Factores de atribución

El cuarto elemento es el factor de atribución. Fundamento del deber de reparar, aquella inspiración que el derecho tiene para atribuir la obligación de reparar un daño. Son las razones que permiten achacarle responsabilidad a la persona.

Para Gherzi (1994, p.100), el factor de atribución se entiende como: «lo que un momento histórico y en una sociedad determina el orden jurídico sindical como circunstancias o situación por la cual un sujeto de derecho debe asumir la reparación de un daño». Se tiene entonces dos factores de atribución: el factor subjetivo, la culpa y el factor objetivo, sin verificar la existencia de culpa.

5.4.1. Factor subjetivo

Su esencia radica en la culpa (o en su forma más grave: dolo) del agente. La responsabilidad subjetiva se basa en un elemento psicológico del autor y tiene su fundamento en la acción u omisión ilícita del agente en la que incurre en culpa o dolo (cfr. art. 34-c del C.C.).

Ahora, de inmediato nos surge la idea de cuestionar lo que debe entenderse por culpa, a saber, en sentido amplio como: « (...) cualquier falta, voluntaria o no, de una persona que produce un mal o daño» (Cabanellas, 2008, p.103).

Para autores dedicados al tema, el concepto culpa: « (...) implica un juicio de reprochabilidad sobre la conducta de una persona, teniéndose en cuenta la prudencia y la diligencia del actuar del sujeto» (Gherzi, 1997, p. 108).

Por su parte, nuestro Derecho Civil Patrio brinda una definición de culpa, la cual, aunque de manera muy aislada con respecto a las obligaciones contractuales, brinda una excelente representación: «**Artículo 989.** La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

De hecho, esta norma brinda la alternativa: «Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

No resulta fácil encontrar definiciones cónsonas entre sí para reconocer lo que debe entenderse por culpa, ilustrándose muchas veces como una palabra ambigua, confusa e indeterminada.

Esto se deba quizás a que a la evolución del concepto culpa, como señala Díez Picazo (1999) en su obra «*Derecho de Daños*», en algún momento debió existir un concepto más afinado a la intencionalidad del individuo. Adicional a ello, se estima que podría ser por su carácter dogmático que le otorga diferentes matices al concepto culpa, entre la negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de la ley.

En fin, se considera que el concepto culpa nos lleva de inmediato a representarlo como aquella ausencia de la conducta debida para evitar un daño, la cual no solamente se lleva a cabo por medio de acciones, también mediante la omisiones¹¹.

¹¹ A manera de comentario, nuestro derecho identifica la responsabilidad subjetiva en el ámbito contractual (artículo 986 C.C.) y en el ámbito extracontractual (artículo 1644. C. C.), ya que ambos casos refieren a la culpa del agente para asignar la obligación de reparar.

Al mismo tiempo, no se puede obviar el hecho de que en nuestro derecho existen dos formas de determinar la culpa, una es por medio de apreciación «*in concreto*» que analiza al individuo de manera particular sin compararlo con un prototipo o esperando reacciones comunes en su conducta, tomando factores individuales de su entorno social, económico, costumbres, experiencia, edad, estudios, etc.

Se analiza únicamente al sujeto en particular sin analogía. La otra cara de la moneda viene a ser el modelo “*in abstracto*” que compara la conducta del agente con el modelo abstracto, el hombre medio y de razonable comportamiento, el buen padre de familia, y en cada caso se deberá hacer la analogía en contraste con este prototipo.

También se indica que en nuestro derecho se contempla el sistema tripartito de la culpa: la culpa grave o lata (en materia civil equivale a dolo), culpa leve y culpa levísima (cfr. art. 34-c C.C.).

5.4.2. Factor objetivo

De manera general, cuando la responsabilidad que se atribuye por medio del factor objetivo es aquella independiente de la valoración de la culpa del agente. Esto es así debido a que el normal desenvolvimiento y desarrollo de la humanidad introdujo una serie de riesgos y daños en los cuales no era posible verificar la culpa de la persona.

En palabras de Bustamante Alsina (1997), cuando la atribución de la consecuencia del hecho dañoso no está referido a la culpa, o sea no es imputable moralmente al sujeto autor del hecho, el factor de responsabilidad es objetivo por prescindir de la persona.

De modo similar, el autor Velásquez Posada (2006, p.146), cuando realiza estudios de responsabilidad en el «*Common law*», se refiere a la responsabilidad objetiva como el «*strict liability*», (traducción literal: estricta responsabilidad), en la que: «Se configura cuando el daño es causado por actividades que *per se* son anormalmente peligrosas (*at their own peril*), así la conducta del responsable haya sido en extremo cuidadosa. Es decir, no exonera la prudencia y la diligencia».

En suma, el artículo 1722 del Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina, refiere lo siguiente: «**Factor objetivo.** El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad».

En efecto, el caso de no encontrar culpable dejaba desprotegido a la víctima, por lo que resultó necesario adoptar nuevos métodos, pero que de ningún modo desplaza a la culpa, ya que el factor objetivo es aplicado para casos excepcionales y taxativamente pronunciados por la Ley, por lo que no es la doctrina dominante hoy en día¹².

El factor objetivo de atribución sustenta que se puede llevar a cabo la responsabilidad civil sin culpa, y ello se fundamenta en varias teorías: del riesgo creado, del riesgo provecho, del riesgo profesional, factor de equidad, factor de seguridad social, factor de garantía, abuso del derecho y exceso de la normal tolerancia entre vecinos; pero ello sobrepasa nuestro objeto de estudio.

¹² A saber, la Ley 42 de 1 de julio de 1998, publicada en Gaceta Oficial No. 23,578 del 3 de julio de 1998: «Por la cual se dicta la Ley General de Ambiente de la República de Panamá y se crea la Autoridad Nacional del Ambiente», concentra un ejemplo claro de la responsabilidad objetiva, puntualmente en su Artículo 2, cuando establece que es: «Obligación del que cause daño o contamine, directa o indirectamente, a las personas, el ambiente, o a las cosas, de resarcir el daño al entorno o a los ecosistemas», sin ni siquiera cuestionar sobre la culpa del agente, por ser suficiente que exista daño.

CAPÍTULO III
RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, UN VISTAZO A LA
JURISPRUDENCIA PANAMEÑA

Capítulo III

Responsabilidad civil médica, un vistazo a la jurisprudencia panameña

La medicina es una de las ramas de la ciencia que más se desarrolla y evoluciona a pasos agigantados. Se descubren nuevas enfermedades y se buscan incesantemente sus causas, para luego dar con el tratamiento adecuado en miras a lograr la sanación del paciente o su mejoría.

Ello da lugar a que los profesionales de la medicina incurran en procedimientos novedosos, utilicen instrumentos de amplia tecnología, equipos especializados, técnicas altamente sofisticadas, intervenciones quirúrgicas cada vez más delicadas y riesgosas, tanto para dar con: un diagnóstico, tratamiento e intentar sanar o estabilizar al enfermo como deber primario.

Debido a esto, la responsabilidad civil médica requiere un estudio especializado por su amplitud, dificultad y complejidad, particularmente por la actividad médica, siendo una de las responsabilidades especiales más estudiadas. A pesar de estar sujeta a las normas y principios comunes de la responsabilidad civil en general, no se pueden negar sus particularidades; a continuación, se intenta dar un panorama holístico de sus aspectos imprescindibles y entender su aplicación en el campo jurídico de la responsabilidad civil.

1. Antecedentes de la Responsabilidad médica¹³

Hablar de la responsabilidad médica, es referirse a lo que la época, las circunstancias y el pensamiento de cada región han querido entender como tal. En otras palabras, lo que hoy se entiende como responsabilidad médica hace menos de 20 años no era igual, ni mucho menos hace cien años atrás.

Mucho se dice con relación a sus antecedentes, pero sin duda, existe reiteración en la doctrina al aceptar que en una época primitiva, por ej.: en Babilonia: las enfermedades, infecciones y otros males de la salud eran atribuidos a las deidades de cada pueblo, tomando en cuenta así, la necesaria intervención de aquellos considerados como los más cercanos a los «*Dioses*», los supuestos intermediarios entre lo divino y lo terrenal, estos eran los sacerdotes.

Y es que, aunque fracasaran en su labor de sanación no se les reprochaba su conducta, sino por el contrario, la enfermedad era interpretada como maldición o desgracia entre los seres vivos asignada por lo divino, por lo que debía ejecutarse la «*voluntad superior*». Veamos los precedentes más relevantes.

1.1. Antiguo Egipto

Aunque no existe consenso en la fecha de inicio de la civilización egipcia, la cronología convencional se ubica en el siglo XX a. C. Los egipcios de la era antigua eran drásticos. Los médicos egipcios carecían de toda facultad de decisión sobre el cuidado suministrado a sus pacientes, compelidos a aplicar los

¹³ En este tema, Burgos Portillo (2014) ha hecho un valioso recuento de los antecedentes de la responsabilidad civil médica.

métodos terapéuticos contenidos en el «*Libro Sagrado*» elaborado por los sacerdotes de la época¹⁴.

El ejercicio médico era penado con la muerte en el caso de no seguir con lo establecido en su compendio, justificando que las desviaciones del Libro provocaban efectos negativos en el paciente. De acuerdo con esto, se castigaba la inobservancia de las escrituras y no el daño que recae en el paciente, toda vez que, si se demostraba obediencia al contenido de *vademécum*, no se aplicaba pena al galeno, a pesar de haber causado la muerte al enfermo.

1.2. Código de Hammurabi

En primer lugar, el Código de Hammurabi (Rey de Babilonia siglo XVII a. C.), establecía una sección de 9 artículos de los 282, referente a las sanciones y castigos empleados a los médicos. Este Código recoge a su vez conceptos de contratos entre médico y enfermo, en el que se ofrecía el servicio a cambio de monedas o especie, asignando diferentes honorarios por el tipo de intervención quirúrgica y calidad de persona a tratar (libre o esclavo). Malaspina (2007) cita el siguiente ej.: «si un médico cura hueso fracturado de un hombre o cura una víscera enferma, el enfermo le pagara cinco siclos de plata. Si se trata de un liberto, este pagara tres siclos de plata. Si se trata de un esclavo el amo del esclavo dará al médico dos siclos de plata».

De esta manera, los artículos 219 y 220 preceptuaban los daños que recaían sobre los esclavos, imponiendo sanciones meramente pecuniarias y sustituciones de esclavo por esclavo, lo que se aproximaba, a lo que hoy se

¹⁴ Cabe agregar que los egipcios también registran grandes aportes a la medicina por medio de su «*Libro Sagrado*» registrando las primeras declaraciones de los síntomas de algunas enfermedades.

conoce como responsabilidad civil, por contener un interés retributivo. Situación distinta ocurría cuando el daño era soportado por persona libre, como anotaba el artículo 218 del Código, en el cual se aplicaba amputación de manos y penas similares que no permitían el ejercicio de la profesión por parte del galeno.

De tal modo, en este Código se ensayaban diferenciaciones entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, bajo la ilustración de que los actos no revestidos de culpa grave, indemnizando a los perjudicados y las faltas graves como la muerte del paciente o destrucción de un ojo, con penas como pérdida de una o ambas manos para evitar que el cirujano incurriera en la misma falta.

1.3. El imperio romano y otros pueblos

El imperio Romano (27 a.C. a 476 d.C.) adoptó prácticas más elaboradas, ya que, si los resultados eran negativos debido al abandono del médico, se situaba al galeno en un escenario de negligencia, juzgándolo; pero, la aplicación de las condenas quedaba a cargo de los familiares del enfermo.

Esto, quizás, se debió a que en alguna época de la existencia del Derecho Romano las actividades y labores empleadas con las manos eran destinadas a los esclavos; en este caso, también la medicina, contando más tarde con la afluencia de extranjeros expertos en la materia, especialmente de Grecia.

Seguidamente, semejante a lo registrado por Hammurabi, se evaluaba la condición personal del paciente (libre, liberto o esclavo), contemplando bajo estas consideraciones dos acciones posibles para exigir responsabilidad a los médicos en Roma. En el caso que el paciente fuera esclavo su dueño podía accionar por medio de la *Lex aquilia* para que se le indemnizara el daño que pesa sobre su propiedad (ej.: si el esclavo era herido se fijaba el precio que

tuviera en el mes anterior al detrimento; en caso de su muerte se fijaba el valor más alto que tuviera en el año anterior). En la segunda modalidad, el paciente debía ser un hombre libre, en tal caso, se procedía con la acción de locación en base al arrendamiento de servicio por el que estaba ligado el médico, el esclavo o el paciente (liberto).

También se tiene, como dato curioso que la época próxima a Alejandro Magno, (336 a. C. - 323 a. C.) que en Macedonia se castigaba el abandono culposo de un enfermo por parte de un médico con la crucifixión, método utilizado por los romanos hasta el año 337, después que el cristianismo fue legalizado.

El *Codex Visigothorum*, vigente en el reino Visigodo de Tolosa, (483 - 507 d. C.) ubicaba al médico negligente e incompetente a disposición de la familia del paciente para que se vengaran con su muerte o reducirlo a esclavo. Así también, se contemplaba la prohibición al galeno de cobrar sus emolumentos cuando la actividad desplegada no era satisfactoria.

1.4. España en la Edad Media

Durante el Medievo (V y el XV, aproximadamente año 476 con la caída del Imperio Romano de Occidente al 1492 con el descubrimiento de América), existieron regulaciones destinadas para la profesión médica.

El Fuero Juzgo (654), compuesto por 12 libros, en su título «De los físicos e de los enfermos», no trata de la responsabilidad como efecto de la atención de los pacientes si no en la circunstancia en la que se presta, toda vez que solicitaba la presencia de testigos para llevarla a cabo. Cabe mencionar que en el Fuero Real su título era «De los físicos e de los maestros de las llagas».

Seguidamente, las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio, señalaba la pena para los médicos que abandonaran el tratamiento del paciente una vez iniciado; así también, introducía la usurpación de la profesión al declarar mayores conocimientos y experiencias de los que realmente eran especialistas en determinada materia.

Aquí por la *mala praxis* se fijaban diferentes penas, considerando si era responsabilidad del médico por culpa (desterrado a una isla por cinco años) o dolo (condena a muerte), insistiendo en la obligación del médico de resarcir los daños causados por su culpa o falta de conocimientos, especialmente, en favor de los libres o siervos.

1.5. Inglaterra y Estados Unidos

A pesar de no tratarse de un sistema jurídico similar al nuestro, por derivarse del «*Common law*» inglés, no se puede obviar que cuenta con excelentes referencias relacionadas al tema.

Existe un antecedente reportado en 1374, el caso *Stratton vs Swanlond*. Luego que el médico procede a intervenir la mano destrozada de su paciente, este mantuvo la misma deformada. Este caso fue desestimado por un error procesal, sin embargo el Juez rescató el fuerte criterio a seguir y que hoy en día se utiliza; a saber, el médico sería responsable en caso de que el menoscabo del paciente fuera consecuencia de su negligencia; pero, si el médico ha ejercitado toda su diligencia no será responsable, aunque no encontrara la cura.

Por su parte, en 1794 se observó el primer caso de mala praxis médica en Inglaterra, en el que el esposo de la paciente arguye que la operación fue tan agresiva y cruel que llevó a la muerte a su esposa, cuando el médico prometió realizar su labor con prudencia, habilidad y seguridad; básicamente por

incumplimiento de contrato, el demandante recibió 40 libras esterlinas como indemnización.

En el siglo XIX, los estrados judiciales de los Estados Unidos fueron receptores de muchas demandas a causa de mala práctica médica («*medical malpractice*»), especialmente en causas de ortopedia, situación por la cual se creó «*The American Medical Association*» para establecer uniformidad en la educación y entrenamiento de los médicos, aceptando así el primer código nacional de ética del mundo respecto a la práctica médica.

1.6. Francia en el siglo XIX

A inicios del siglo XIX en Francia, se ubican tres de los casos que sirvieron para rescatar los elementos comunes para aplicar soluciones ante este tipo de responsabilidad. El caso *Hélie*, el caso *Thourey-Nauroy* y el caso *Laporte* (Peton, 2006).

Primero, en 1825, el Dr. *Hélie* fue llamado para atender un parto de seis horas de contracciones y dolores en el útero, a la llegada del galeno al parto distócico¹⁵, por lo que tomó la decisión de amputar la mano derecha del producto en la vagina debido a su posición; y, seguidamente observó la mano izquierda en el mismo lugar, procediendo de igual forma con la mutilación de dicha extremidad para facilitar la expulsión del infante.

A pesar de ello, la criatura estaba viva, lo que llevó a sus padres a demandar al galeno. A continuación, el Tribunal de Domfront solicitó asistencia técnica de la Academia de Medicina de París, quienes dictaminaron que el médico incurrió en un hecho excusable de error, ya que por obesidad de la

¹⁵ Parto anormalmente lento o laborioso por causa fetal o materna.

madre no pudo escuchar los latidos del feto, convencido de que el mismo estaba muerto, adicionalmente, anotaron que su hecho no fue con premeditación y sin intención criminal (Silva, 1995).

El clásico jurisprudencial parece no coincidir con el dictamen pericial, ya que se falló en contra de Hélie por incurrir en falta grave: «imprudencia y precipitación increíble», condenándolo al pago de pensión vitalicia en favor del niño (100 francos anuales hasta los 10 años y 200 francos pasada esa edad) (Silva 1995, p. 588).

En el caso *Thouret-Nauroy*, 1833, en Evreux se condenó en primera instancia y se confirmó en apelación y la Corte de Casación. En este fallo se realizaron discusiones sobre la impericia y negligencia médica. Tiene su génesis en el llamado al facultativo para auxiliar a un obrero quien mantenía una abertura en la arteria braquial, con emisión de sangre normal, por lo que el médico Thouret-Nauroy realizó una sangría deteniendo la hemorragia y aplicando vendas compresivas al nivel del pliegue del codo.

Posteriormente, se le produjo un tumor doloroso al paciente del tamaño de un huevo de gallina; el médico acudió nuevamente recomendando pomadas resolutivas para absorber el tumor; sin embargo, dieciocho días más tarde las molestias persistieron y se agravaron, en esta tercera ocasión el médico se negó a acudir. Esto lo llevó a consultar a otro especialista para continuar el diagnóstico interrumpido, y se conoció que el enfermo padecía de una lesión en la arteria braquial, produciendo una gangrena, lo que llevó a la amputación.

En esta ocasión, también se condenó al médico al pago de una indemnización vitalicia, por impericia, negligencia grave, falta grosera e inobservancia de reglas elementales, debiendo aportar 600 francos en el término de 8 días y 150 francos como renta vitalicia anual.

En el caso del galeno Laporte, si bien fue absuelto en apelación, inicialmente se condenó por el informe de los expertos que establecieron su «incompetencia conocida» y su ausencia de derivación a un colega más competente, esto dio lugar a la creación de la compañía de seguros del cuerpo médico en 1897, seguidamente MACSF¹⁶ de seguros en 1935.

En dicha época, la Academia de Medicina de París, así como otros homólogos, se manifestaron por considerar que la responsabilidad médica era obstaculizadora del ejercicio libre y progresivo del arte de curar, una abstención en el ejercicio de la profesión y dejando a los enfermos combatiendo sus convalecencias y ensayando sus propias curas.

Respecto a los aportes franceses, agrega Anunziato (2001), que por medio de Alphonse Lacassagne, profesor de la escuela médico legal de Lyon, en el año de 1906, se introdujeron tres categorías de errores en este ámbito profesional: 1) error grave o de peso: error científico por ignorancia del conocimiento que el médico debe saber; 2) error serio: por falta de atención, descuido, abandono del enfermo; y, 3) error voluntario: experimentación con pacientes.

1.7. Núremberg y la tecnología

Estos eventos son conocidos como el renacimiento de la responsabilidad médica. En primer lugar, los médicos Nazis durante la Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945) realizaban una serie de experimentos que culminan en Núremberg, revestidos de crueldad y brutalidad, lo que estigmatizó la percepción pública que se tenía de los galenos.

¹⁶ De sus siglas en francés: “*Mutuelle D’Assurances du Corps de Santé Français*”.

Por otra parte, existía un desarrollo inevitable de la tecnología médica, lo que sin duda introdujo nuevas formas de ver la medicina. Ambos hechos llevaron al cuestionamiento de la ética médica, lo que trastocó la confianza en los facultativos y abrió las puertas para que otros profesionales estudiaran esta área (abogados, sociólogos, filósofos, etc.).

Para finalizar, la responsabilidad médica podría tener múltiples antecedentes, puesto que su historia es tan versátil como la cantidad de pueblos, tribus, jueces de distintas épocas, llevando a concebir distintos tipos de penas y culpas para con los médicos.

2. El Juramento hipocrático

Desde hace más de dos mil años los médicos han recitado una promesa, compromiso; un «juramento» netamente ético y deontológico de la medicina, contenido de fidelidad dirigida a su noble profesión que se remonta al siglo V a. C., y su nombre es en honor al médico de la antigua Grecia: Hipócrates. Considerado «el padre de la medicina», conocido por su teoría de los cuatro humores: el concepto de crisis, la observación y documentación, la clasificación de enfermedades (agudas, crónicas, endémicas y epidémicas), entre otros aspectos notables de disciplina y práctica rigurosa de la profesión.

Por su parte, el *Corpus Hipocraticum* es la colección de setenta obras médicas en la que destaca este juramento, del cual no existe paridad en determinar si fue elaborado por Hipócrates o fue posterior a su muerte.

Este juramento ha adoptado diferentes formas, pero su versión más aceptada es aquella actualizada por la Declaración de Ginebra (Suiza) de 1948 (enmiendas: 1968, 1983, 1994 y revisiones: 2005 y 2006), propuesto por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial [AMM]), a fin de fortalecer la

moralidad de la profesión ante las atrocidades del grupo Nazi Alemán durante la Segunda Guerra Mundial. Así también, existe una versión utilizada en países anglosajones desde 1964, por iniciativa del galeno Louis Lasagna de Massachusetts, Estados Unidos.

Si bien, este acatamiento tiene como base los principios de la labor del médico, su vocación comprometida con la salud, la hermandad entre colegas, respeto a los maestros, la discreción, alejarse de «la culpa» y la obligación de no dañar a los demás, su importancia jurídica radica en que, ante la falta de regulación de la profesión, este documento sirvió como Código de ética de los médicos; pero, carecía de una verdadera inoperatividad, basándose en elementos históricos y folclóricos para los médicos, insuficiente para determinar la responsabilidad de los galenos, pero hoy en día se continúa con esta promesa.

3. Responsabilidad civil médica

La responsabilidad civil médica, como una de las variantes de la responsabilidad profesional, refiere a la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores, sin importar muchas veces que sean voluntarias o involuntarias, puesto que se le exige pericia, experiencia y profesionalismo en el desenvolvimiento de sus labores (cfr. Ornelas, 2013, p. 18).

Dicho efecto reparador es la consecuencia de su negativa de cumplir con su obligación de humanismo, «la obligación de suministrar atención a los enfermos, o sea la obligación de prestar asistencia técnica debida» (Bustamante Alsina, 1997, p. 509). En otras palabras, el facultativo ocasiona daño o perjuicio a una persona que requiere sus servicios, ya sea porque existe la intervención

de dolo, culpa, negligencia, imprudencia, error o algún factor de atribución que disponga expresamente su deber de responder.

«Cada vez hay una mayor preocupación por equilibrar el quehacer médico con los derechos mencionados, buscando que la actuación de los profesionales sanitarios sea compatible con el respeto al derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad del paciente. Se empezó a hablar de los derechos del paciente con el Estado Liberal de Derecho, y aunque se consagraron solo de manera formal, fue el comienzo para sustentar las pretensiones de reparación de los daños producidos en el desarrollo de la actividad médica.» (Agón, 2017, p. 23)

Antes que nada, resulta importante rescatar que la responsabilidad médica se divide en dos grandes ramas: la primera de ellas es la responsabilidad penal que constituye un juicio social como efecto de la ocasión de un delito comprobado; debido a que, en la mayoría de los casos están en juego los bienes jurídicos más preciados del hombre: la vida, la salud, integridad física, imagen, honor, intimidad, etc. La otra, es la responsabilidad civil que recae sobre el daño particular que exige la reparación, una sanción pecuniaria de tipo económico con fundamento en la Ley, los contratos o cuasicontratos, actos y omisiones ilícitas o en que intervengan cualquier género de culpa o negligencia (cfr. art. 974 C.C.).

Es de nuestro sumo interés la responsabilidad civil del facultativo; no obstante, se debe señalar que las dos responsabilidades pueden derivarse del mismo hecho, como puede también suscitar una de ellas sin la necesidad de existir o acreditar la otra.

Retomando el tema, la mayor problemática de la responsabilidad civil médica es la inexistencia de una verdadera elaboración de la responsabilidad profesional de los médicos, siendo necesario involucrarse en las particularidades

de la actividad profesional y entender desde un principio que dicha labor se encarga de la salud humana, la curación de las enfermedades y la vida misma.

En fin, la responsabilidad médica arrastra consigo una problemática al mundo jurídico; debido a que, la construcción normativa tradicional resulta insuficiente al momento de aplicar los parámetros de justicia convencional, siendo vital conocer no solamente la profesión y su extensión, sino al paciente, el procedimiento adoptado por el galeno y la patología en sí.

Hoy en día la responsabilidad civil sanitaria se ha acrecentado debido al abandono del carácter de resignación de los pacientes y sus familiares; además, de los errores y malas prácticas de los médicos, lo que en las últimas tres décadas ha despertado análisis, estudio, doctrinas y jurisprudencias en torno al tema.

De igual modo, la judicialización de los procesos podría estar estimulada por diversos factores, entre ellos: la falsa consigna de que «la medicina todo lo puede» a pesar de ser una ciencia inexacta; «la promesa de los médicos en la curación»; «la masificación y comercialización del servicio médico»; «la falta de una verdadera relación médico-paciente»; «los abogados conflictivos», y un sinnúmero de estímulos que parecen ser problemas más sociales y económicos que jurídicos.

Entonces, resulta viable resaltar las palabras de Anunziato (2001, p.25) cuando ya hace más de una década, vaticinaba la comercialización de la salud por medio del concepto «medicina masificada»:

«Este tipo de medicina masificada, ha dado como consecuencia que las exigencias burocráticas del servicio de sanidad, tales como el llenado de formularios y otras, ocupen demasiado tiempo y quiten o disminuyan el necesario para el diagnóstico y tratamiento del paciente.

En forma sistemática, se fija la atención médica en forma cuantitativa, en serie, con tiempos limitados y preestablecidos. Como resultado, como medio de adaptación para llegar al cumplimiento de los tiempos, se solicitan mayor cantidad de estudios complementarios, análisis, radiografías y otros, a cargo de terceros, en algunos casos no necesarios, han llevado a reemplazar el tranquilo y necesario diálogo entre el médico y el enfermo. En tal forma, aumenta el aislamiento psicológico del individuo lo que termina perturbando el equilibrio psicológico de la sociedad». (El subrayado es nuestro)

Visto que la responsabilidad médica viene de la mano con la comprensión de otros conceptos, se desarrolla el acto médico, la *Lex artis ad hoc* y el historial clínico, para así continuar con el tópico de este capítulo.

3.1. Acto médico

La actividad médica constituye la piedra angular de la relación entre el médico y el paciente, el alivio o mejoría del paciente se logra por medio de la aplicación de la ciencia médica; pero, a su vez, este mismo hecho es el que será analizado como generador de la responsabilidad médica. En lo relativo, el autor Ataz López citado por Valencia (1997) indica que:

« (...) la actividad médica es el conjunto de actos, operaciones y tareas propias, desarrollada por los médicos y demás profesiones sanitarias que normalmente tienen lugar sobre “el cuerpo humano”, tienden directa o indirectamente a la conservación, mejora y, en general promoción de las condiciones de salud humana, individual o colectiva, en todas sus facetas físicas, psíquicas y sociales» (p. 22).

Igualmente, el autor colombiano Martínez Rave (1995) anota que «el hecho generador de la responsabilidad se conoce como acto médico comprende todas aquellas actividades que profesionalmente deben cumplirse con la atención del paciente» (p. 486).

El autor colombiano Guzmán Mora (2001), al hacer mención del acto médico anota como características esenciales las siguientes:

- La profesionalidad, puesto que es un acto reservado a los galenos.
- Su ejecución típica y conforme a la *Lex artis ad hoc*.
- Su objetivo debe ser la curación del enfermo.
- Debe ser una actividad lícita y conforme a las normas legales.

Entonces, un acto médico debe consistir en una conducta o conjunto de conductas suministradas por el médico, u otra persona legitimada y prescrita para proporcionar el servicio de salud (odontólogo, enfermera, técnico, etc.) a un paciente o usuario que demanda o requiere el mismo.

Es por ello que se considera como el hecho en el que se concreta la relación médico-paciente de forma particular y revestida de la ciencia del arte, en el que una de las partes: el facultativo mantiene una cualidad personal y habilidad específica; supone una relación que puede calificarse como especial, en la que el enfermo acude motivado (regularmente) por variaciones desfavorables o negativas en su salud con el objeto de ser orientado, mejorado o sanado.

Particularmente, el médico como profesional ha de realizar su actividad médica directamente sobre el cuerpo humano con una finalidad curativa (o preventiva) en la medida de lo posible, norte de la actividad para la cual fue

enlistado. En la mayoría de los casos es elegido por su paciente por el nivel de confianza, experiencia, habilidad, madurez y profesionalismo.

A partir del acto médico se toman las referencias para calificar, juzgar o determinar la responsabilidad a que haya lugar en caso de causación de daños al paciente, dado que su actividad debe comprender «La salvaguarda y protección de estos bienes jurídicos (que) comprometen el orden público-social» (Valencia, 1997, p.21).

Se resalta que el párrafo anterior se refiere al acto médico «directo», aquel donde el médico tiene inmediatez con el enfermo para obtener su curación; puesto que, puede existir un acto médico «indirecto», en el que se promueve la salud por medio de personas que no son objeto de curación, como es el caso de donantes de sangre, autopsias, etc. También existe un tercer tipo, acto médico «extracorpóreo», que recae sobre investigaciones de laboratorios o inspección de documentos o referencias.

En definitiva, el acto médico ha sido tradicionalmente asimilado a tres momentos: diagnóstico, tratamiento y postratamiento que pueden desarrollarse durante los procesos de seguimiento, evolución, rehabilitación, entre otros. A estos se podría agregar un cuarto evento, el pronóstico.

3.1.1. Diagnóstico

Dentro de la prestación de la asistencia médica, o acto médico directo, debe existir la etapa crucial del diagnóstico, que instituye la etapa en que el facultativo identifica la patología, síndrome o malestar de la salud, o bien, el sufrimiento del paciente.

Se trata del primer acto que debe realizar el médico en el afectado patológicamente, en donde no solo se hace el interrogatorio del paciente, sino de quienes lo acompañan, desde análisis simples hasta técnicos; todo esto, con el fin de agotar las pruebas que le permita obtener un resultado, y no incurrir en un diagnóstico precoz o negligentemente errado.

Como ha dicho Guzmán y Arias (2012): La importancia del diagnóstico radica en varios aspectos: aclara lo que no se conoce con el fin de evaluar la gravedad del asunto; orienta el cambio terapéutico que se debe seguir; organiza la secuencia de eventos encaminada a buscar la curación o el alivio; integra el concurso de recursos técnicos y humanos para tales fines; controla el resultado de la intervención médica; es la base para efectuar pronósticos; en fin, es el núcleo del acto médico.

Un error en esta etapa por ausencia de los estudios necesarios en la patología, recolección de documentos, exámenes o un juicio prematuro de la enfermedad puede comenzar una serie de actividades que recaen sobre la persona del paciente de manera injusta, y, por tanto, puede provocar hasta el derrumbe del proceso de curación del paciente y generar menoscabos que no tenía antes de acudir al galeno.

Por consiguiente, se estima que el error (equivocado, insuficiente, tardío, etc.) en el diagnóstico por la ignorancia del médico acarrea su responsabilidad civil, siempre y cuando se observen los fallos abruptos en la apreciación: insuficientes exámenes al enfermo, equivocación inexcusable, etc.

En suma, el diagnóstico puede ser fuente originaria de responsabilidad civil médica cuando no se lleva a cabo como debe ser, ya que muchas veces se realiza con excesiva confianza, sin detallar al paciente y la naturaleza y condición de la enfermedad (etiología del mal), incurriendo en culpa, sea por imprudencia como por negligencia.

3.1.2. Tratamiento

Seguido del diagnóstico existe el tratamiento¹⁷, aplicado una vez conocida la enfermedad, acorde con las dolencias y cualidades del paciente, determinando los procedimientos o actuaciones (prefijados y aceptados por la sociedad médica) a seguir para lograr la curación o mejoría del enfermo o al menos estabilizar o mitigar su malestar.

Entre algunos ejemplos se pueden mencionar: la cirugía, farmacoterapia, fisioterapia, ortopedia, quimioterapia, vacunas, reposo, en fin, todos aquellos medios que persiguen la curación o el alivio de los males que aquejan al paciente, incluyendo la intervención quirúrgica, entre otros.

3.1.3. Postratamiento

El postratamiento viene a desplegarse luego de las intervenciones para lograr mejoría en el convaleciente. Una vez las cirugías, suministro de fármacos o terapias hayan culminado, se demanda el seguimiento, control y vigilancia del médico, ya sea para rehabilitar al paciente, estar al pendiente de sus reacciones, y en el peor de los casos, atender las complicaciones que puedan sobrevenir de su intervención como ejecutor de la medicina (cfr. Valencia, 1997). En la mayoría de las ocasiones esta etapa requiere una alta participación y disciplina del paciente; puesto que, está revestida de conductas puntuales y/o abstenciones de hábitos regulares.

¹⁷ Conocido también como terapia, y muy confundida con la palabra “*terapéutica*” que concierne a la rama de la ciencia que se dedica a los medios empleados y su forma de aplicar los tratamientos; es decir, un derivado.

3.1.4. Pronóstico

Se ubica al pronóstico en el último lugar, aunque otros autores lo colocan luego del diagnóstico; dado que, se trata de una etapa poco tradicional jurídicamente hablando; pero, cronológicamente es preferible ubicarlo como efecto del diagnóstico y de una correcta aplicación del tratamiento.

El pronóstico es el juicio o discernimiento que forma el médico respecto al curso que pueda tomar la enfermedad, su duración y terminación, y los síntomas que probablemente le acompañan y sus posibles secuelas (Ornelas 2013, p.55). Suele confundirse constantemente con el término diagnóstico, que estriba sobre la calificación y determinación que da el médico sobre la propia enfermedad.

Una diferencia palpable podría ser en aquellos casos donde existe un diagnóstico, pero se tiene un pronóstico «reservado», por ejemplo: se precisa la enfermedad; pero, no se puede predecir la evolución próxima ya que los síntomas no son suficientes o pueden surgir riesgos o complicaciones (cfr. Nettleton 2005, p.55-65).

Siendo así, es del caso anotar que no solamente existe el pronóstico reservado, sino el pronóstico «cualitativo» que arroja la evaluación bueno, intermedio, moderado o grave y el pronóstico netamente «cuantitativo» con el fin de expresar el porcentaje de supervivencia, mortalidad y otros proporcionales.

El pronóstico parece no jugar un papel muy importante para muchos autores, toda vez que se encontró en la mayoría de los títulos el diagnóstico, el tratamiento y el seguimiento o postratamiento; no obstante, el pronóstico como función netamente predictiva o vaticinio del galeno tiene un fuerte impacto como parte del acto médico; pues, es allí donde la persona conoce sus posibilidades de mejoría y hasta de sobrevivencia, esencial en aquellos casos en el que se verifica la oportunidad perdida.

De ello depende el ánimo e influencia que imprime el facultativo en su paciente para enfrentar sus convalecencias, la fuerza de voluntad, y ser atento con sus tratamientos, en la que no solamente interviene la ciencia médica, sino el tacto como ser humano.

De seguro ha suscitado la pregunta: ¿cómo puede incidir el error del pronóstico médico en el paciente? La respuesta se encuentra relacionada a la búsqueda del paciente en una solución a su padecimiento (o simplemente una segunda opción) que podría llevarlo a decisiones equivocadas; dado que, en su afán de curación, impericia, arrojándolo a la desesperación y precipitación (aunado a la comercialización de la medicina de seguro será constante predecir situaciones sin un alto grado de certeza), lo cual puede llevar a la intervención del paciente con pleno conocimiento del facultativo de ninguna esperanza de mejora y por el contrario empeora la calidad de vida del paciente.

Se puede imaginar un paciente que lleva más de 30 años fumando un paquete de cigarrillos diarios al que se le diagnostica cáncer de pulmón y se le otorga un pronóstico errado indicando que tiene un par de años de vida, pero resulta que se trataba de un cáncer indolente incapaz de ocasionar la muerte. El paciente, quizás motivado por el pronóstico no muy alentador, decide ser intervenido quirúrgicamente, desmejorando su calidad de vida y hasta ocasionándole un mal mayor (la muerte).

Esto sin duda no fue un error en el diagnóstico; puesto que, si mantenía principios de cáncer pulmonar y dentro de los tratamientos existe la intervención quirúrgica; no obstante, ante el panorama proporcionado por el galeno sobre un pronóstico exagerado, quizás motivado por intereses económicos, logró su cometido alejado del objetivo de curación.

Por último, estas etapas resultan sumamente importantes, puesto que las conductas revestidas de imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia del médico se perfeccionan en estos estadios que forman parte del acto médico, que si bien, son segmentos de actos concatenados, no necesariamente son desplegados por el mismo médico, máxime si se trata de centros hospitalarios masivos.

3.2. El acto médico como acto jurídico

Evidentemente, por medio del acto médico el galeno aplica sus técnicas y conocimientos; a su vez, es la conducta por medio de la cual surgen consecuencias jurídicas para el profesional y para el paciente, en especial aquel que se lleva a cabo directamente en la persona del paciente.

El acto médico, en general, produce derechos y obligaciones para las personas implicadas en este evento, y, esto ocurre aunque su fuente no sea un contrato (siendo común observar que el acto médico esté previamente desarrollado por un acto jurídico); es que de este evento surge la posibilidad que el profesional de la salud reciba un crédito como derecho a cobrar sus honorarios, y en el caso de afectar al enfermo, se podría estar ante la responsabilidad que se juzga en base a la *Lex artis*.

El «acto médico» es un hecho del hombre, específicamente, capacitado en esta ciencia, y a su vez es el acto jurídico del cual podría emanar responsabilidad. Tiene como «objeto» la vida o la salud de otro hombre (paciente), de manera que el resultado siempre tendrá que ver con la ley por incidir sobre un «sujeto de derechos»; por afectar los derechos de otro hombre que ha puesto en sus manos la vida y la salud. (Guzmán Mora, 2001).

3.3. Acto médico complejo

El acto médico de por sí ya es una tarea altamente complicada, pero en el «acto médico complejo» aparecen deberes secundarios que si bien no son los principales que inciden en la elaboración de algún procedimiento previo, se complementa con la intervención de otros profesionales de la salud (ej.: el anestesiólogo).

Tal hecho despierta la necesidad de conocer las obligaciones que han sido desatendidas y el alcance de cada una de las etapas o fases que conforman la atención médica para así conocer la ubicación de la *mala praxis* razón del nexo causal. Puede tratarse desde la intervención de otro médico hasta la intervención de otro profesional de la salud que colabora al propósito de asistencia médica.

Por supuesto, esto no quiere decir que ambos profesionales no se encuentran estrechamente vinculados, o que sea solo uno a quien se le atribuya la *mala praxis* ya que de eso se trata: ubicar el acto médico generador del litigio y que sirva de gran utilidad para el desarrollo del proceso judicial en cuanto a la verificación del daño.

Por lo general, cada acto o intervención tendrá su propio alcance de acuerdo al apego de la *Lex artis* en el momento de participación; no obstante, también se califica por el juzgador, el nivel de participación y su confluencia en la *mala praxis* y sobre todo si el galeno, en su momento, pudo advertir el error culposos o doloso al profesional que le sucede, corroborando su intención de brindar la atención médica.

Mientras que, también puede ser que la sinopsis del caso involucre la ratificación de la *mala praxis* médica por el profesional de la salud que antecede, ya que el galeno repite la misma conducta alejada de la *Lex artis*, considerándose a su vez como responsable de la ocurrencia del daño.

3.4. La *Lex artis ad hoc*

En sentido lato, el término *Lex artis* es la forma de conceptualizar el modo habitual, comprometido y diligente en la que se realiza un oficio. En un sentido literal la ley del arte, pero en este caso sería la ley de la profesión.

Desde el punto de vista de la profesión médica, la *Lex artis* vendría a ser no solamente la norma que regula la actividad, sino todas aquellas prácticas aceptadas en el desarrollo de la profesión de la salud. Cabe destacar que este concepto es tan dinámico como avanza la ciencia, ya que se introducen nuevas formas, instrumentos y técnicas para tratar al enfermo.

Entender el contenido de este término, y lo que involucra, permite al juzgador esclarecer el alcance de la responsabilidad, ya que proporciona límites, posibilidades y paradigmas de la profesión médica, ubicándose, así como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible a todo acto médico.

De manera más puntual, el concepto de «*Lex artis ad hoc*» es una construcción jurisprudencial que se ha ido desarrollado en distintas sentencias a lo largo de los años, en especial en España y Colombia, siendo una de las más significativas la opinión del Tribunal Supremo Español, Sala Civil, de fecha 11 de marzo de 1991 (fija sus antecedentes doctrinarios en las sentencias de 7 de febrero de 1990, 6 de noviembre y 29 de mayo de 1990), veamos:

« (...) aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia o arte médica que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados, y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado).» (El subrayado es nuestro).

De esta jurisprudencia se tiene que la *Lex artis* demandada de cualidades técnicas del individuo involucrado en ella, y por axioma, exige una concordancia con las leyes del arte en cuestión, en este caso del arte de curar. Así también el fallo español pretende convencer que estos requisitos son requeridos solamente a aquellas personas que se ven envueltas en la actividad calificada, con licencia para ello, lo cual lo convierte en una persona sometida a seguir patrones comunes de conducta de la profesión.

En otros tratados suele definirse la «*Lex artis*» o la «*Lex artis ad hoc*» como el conjunto de prácticas médicas aceptadas para tratar al enfermo, como alude la jurisprudencia española. Recoge una serie de notas que se desprenden de sus antecedentes doctrinarios de 7 de febrero de 1990 y 29 de mayo de 1990, las cuales se proceden a enunciar por su gran utilidad para comprender la finalidad de la figura:

- Implica una regla de medición y valoración de una conducta.
- Su objetivo es valorar si esa actuación médica fue adecuada o correspondía con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos.
- En cuanto a la técnica, se aplican principios o normas de la profesión médica como ciencia que se proyecta al exterior, cuyo autor es un profesional de la medicina.
- El objeto es la especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución).
- Concreción de cada acto médico, aplicando la *Lex artis*, así como en toda profesión rige una *Lex artis* que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica *Lex*, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos, en cuanto a las características de su profesión.

3.5. La historia clínica

La historia clínica o historial clínico es el documento en el que se registran los eventos más importantes del acto médico, y en él se encuentra, o debe encontrarse la relación que debe primar entre el médico y el paciente, toda aquella investigación y práctica profesional realizado en el paciente: «la historia clínica es un registro obligatorio de las condiciones del paciente, que contiene aspectos científicos, técnicos y administrativos, relacionados con el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad» (Chacón, 2003).

Desde luego, el autor colombiano centra su concepto en la obligatoriedad de este documento en base a la Ley No. 23 de 1981, Código de Ética Médica de Colombia, que expresamente establece en su artículo 34 lo siguiente: «La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley».

En Panamá, el artículo 42 de la Ley No. 68 de 2003 «Que regula los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información y de decisión libre e informada», expresa la obligatoriedad del historial clínico, conocido en nuestro derecho como expediente clínico¹⁸, vital para el desarrollo de la profesión del galeno: «Los centros de servicios de salud públicos y privados deben disponer de un modelo normalizado de expediente clínico que recoja los contenidos fijados en los artículos 40 y 41 adaptados al nivel asistencial que tengan y a la clase de prestación que realicen»¹⁹.

¹⁸ Cabe anotar que el numeral 22 del Artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 1458 de 6 de noviembre de 2012 «Que reglamenta la Ley No. 68 de 20 de noviembre de 2003», define el término «Expediente clínico: “Conjunto de documentos de valor médico legal, que contiene los datos, valoraciones, historial clínico e información de cualquier índole sobre la evolución clínica de una paciente, así como documentos relativos al proceso asistencia de cada enfermo, identificando a los médicos y demás profesionales asistenciales que han intervenido en el mismo, procurando la máxima integración posible de la documentación”».

¹⁹ En los aludidos artículos 40 y 41 se hace mención a una serie de datos que deben formar parte de todo historial médico: datos de identificación del enfermo y de la asistencia, datos clínicos-asistenciales como antecedentes familiares y personales, fisiológicos y patológicos, historia clínica y examen físico, procedimientos clínicos empleados y sus resultados con los dictámenes correspondientes emitidos en caso de procedimientos o exámenes especializados, hojas de interconsultas, tratamiento médico, hojas de consentimiento informado (si procede), hoja de información al paciente de diagnóstico y el plan terapéutico prescrito (si procede), informes de alta o alta voluntaria, necropsia (si procede), intervención quirúrgica, anestesia y en el caso de participar más de un médico o equipo asistencial las individualizaciones de las acciones, intervenciones y prescripciones realizadas.

Por supuesto, esto se complementa con otras normas descritas en la misma Ley, entre ellas el artículo 37: «Esta integración debe hacerse, como mínimo, en el ámbito de cada centro, donde debe existir un expediente clínico único para cada paciente».

Entre otros se cita el Decreto Ejecutivo No. 1458 de 2012 «Que Reglamenta la Ley No. 68 de 20 de noviembre de 2003 (...)», cuando anota en su artículo 46 que: «En todo establecimiento de salud, las atenciones de salud realizadas en consulta ambulatoria, hospitalización y urgencias deben registrarse obligatoriamente en un expediente clínico».

3.5.1. Requisitos

De la seriedad y dedicación de la elaboración del historial clínico será vinculante la credibilidad del galeno, por lo que en el mismo se debe reflejar los siguientes requisitos:

- **Confeccionado por el médico:** es quien posee la capacidad profesional e intermediación con el paciente, por lo que es el llamado a realizar de manera personal el historial clínico.
- **Aplicación de la *Lex artis ad hoc*:** en este documento se verifica la habitualidad de estas normas, por lo que el contraste entre varios historiales clínicos de distintos pacientes debe arrojar una inferencia de excelencia respecto al mismo galeno.
- **Debe manifestar el objeto curación o rehabilitación del enfermo:** sanar al convaleciente, en miras de encontrar beneficios a sus males.

- **Licitud:** es entendido como el respaldo jurídico del acto del médico. Atiende las leyes, los códigos de ética, su *Lex artis*, y de no abordar experimentos médicos humanos sin consentimiento.

3.5.2. Características

Por medio de documentación expedida por el Ministerio de Salud de Panamá, específicamente el Departamento de Monitoreo y Evaluación: «Evaluación de los resultados de la Auditoria de Historias clínicas de los servicios de salud del año 2016-2017» (2018, p.9), se rescatan las cualidades más notables de este documento: «Es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en la cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención» (El subrayado es parte del texto). Por consiguiente, es:

- **Documento privado:** ilustra sobre el nacimiento de la relación médico-paciente; es decir, la relación jurídica, sirviendo entonces como un escueto y conciso medio de prueba, y se hace hincapié en su carácter parco, dado que no constituye plena prueba, por cuanto se deben tener en cuenta otros elementos probatorios, como lo son: la inspección judicial, el peritazgo técnico y los testimonios que el funcionario a cargo de la investigación valorará de acuerdo a las reglas de la sana crítica (Chacón, 2001).
- **Obligatorio:** como se anotó *ut supra*, la doctrina, la jurisprudencia y hasta la propia norma demanda la existencia de este documento; sin embargo, su ausencia (o de alguna etapa) no es una presunción directa de responsabilidad, sino que opera como un indicio en contra del médico, en

vista que existen otros medios de prueba capaces de demostrar los argumentos de la defensa técnica.

- **Sometido a reserva y confidencialidad:** no existe motivo para relevar las intimidades del paciente, quien goza del secreto médico o secreto profesional, principio básico contemplado hasta en el juramento folclórico médico²⁰. Por lo informativo y delicado de este documento resulta necesario hacer mención a otras características de segundo nivel que deben tenerse en cuenta al momento de encontrarnos ante una situación jurídica en la que consta como prueba el historial clínico. Su mal uso puede acarrear daños morales en el paciente que luego pueden ser objetos de demandas judiciales respectivas (para ampliar cfr. Código Penal y Ley No. 68 de 2003).
- **Irreemplazable:** lo allí plasmado no puede ser reemplazado ni alterado por la memoria o inferencia del médico, una vez que el mismo es requerido.
- **Es único:** no pueden existir varios historiales clínicos del mismo paciente, puesto que los mismos no llevarían una lógica debida.

²⁰ Al respecto el Artículo 13 de la Ley No. 68 de 2003, anota lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a que se respete la confidencialidad de los datos que hacen referencia a su salud. Así mismo, tiene derecho a que nadie pueda acceder a ellos sin su autorización, salvo que lo prevea la legislación vigente». A renglón seguido establece que: «Toda persona que omita cumplir con el deber de confidencialidad que obliga el presente artículo, será sancionado de conformidad con las normas del Código Penal». La misma Ley No. 68 de 2003 establece una serie de razonables excepciones, ya que además de los profesionales que atienden al dolido se puede tener acceso con finalidades epidemiológicas, investigación científica o docencia, también el personal administrativo que tengan relación con determinadas funciones dirigidas al paciente, así también el personal del Ministerio de Salud que ejerce funciones de inspección debidamente acreditados a los expedientes clínicos, a todos estos se les hace extensivo el deber de secreto médico. De igual manera, por medio del artículo 67 del Decreto Ejecutivo No. 1458 de 6 de noviembre de 2012, se contemplan los motivos por razones epidemiológicas de salud pública, investigación judicial, investigación científica, docencia, siempre que medie solicitud escrita de la autoridad competente, dirigida a la institución de salud que custodia el expediente, reservándose la identidad del paciente durante el uso de dicha información.

- **Disponibilidad:** tiene a la vez una función profesional entre los médicos, a merced de la salud del paciente, por lo que debe estar disponible para aquellos que están a cargo del convaleciente, así como para todos los efectos legales controvertidos.
- **Legible:** refiere al orden y la lectura del documento, utilizado como vital referencia para otros médicos y no puede estar sujeto a interpretaciones por falta de coherencia en la redacción.
- **Veraz:** no puede tener información falsa, y no se puede omitir ni crear información que ubique en riesgo a la salud del paciente.
- **Continuidad al registro:** debe ser simultáneamente registrada al momento de abordar al convaleciente. No puede tratarse de suposiciones, ni recuerdos del galeno luego de haber transcurrido mucho tiempo.
- **Identificación del profesional:** debe registrar no solo al galeno responsable, sino a todo aquel que ha intervenido en la asistencia del paciente; generales y descripciones, cargos, número de idoneidad y más.
- **Completa:** debe registrar todos los datos elementales y esenciales que sean de utilidad para proveer un servicio óptimo al paciente, lo cual reflejará la diligencia del galeno al coleccionar los datos al documento, en especial respecto a la patología a tratar.

3.5.3. Importancia jurídica de la historia clínica

En primer lugar, se entiende que el historial clínico pretende conservar el registro de los diferentes hechos de la vida del paciente, los eventos íntimos revestidos de información veraz sobre su salud, datos familiares, antecedentes, y toda aquella información que sea de relevancia, intentando definir el problema

del paciente, sus males y dolencias, por consiguiente, arroja de algún modo la manera de combatir sus dolencias (Ornelas 2013).

Orienta el tratamiento, ya que por medio de él se obtiene información de importancia suficiente para que el galeno emita opiniones científicas para aplicar un tratamiento/terapia, registrando las etapas y procesos seguidos al paciente para llegar a esa opinión científica revestida de datos de forma ordenada.

Este documento a su vez debe demostrar una investigación científica, objeto primordial de la medicina, que recae sobre el paciente. Tiene un carácter docente, puesto que la labor individual del médico cada vez es más limitada, y se procede a trabajar en equipos de médicos, aunado a la intervención de internos y residentes, por lo que posee una característica ilustrativa para el seguimiento y educación de los profesionales de la medicina (Guzmán y Arias, 2012).

En lo que respecta a las implicaciones médico legales, este documento ha cobrado mayor relevancia con el devenir de los años. Se trata pues, de un documento que es parte del contrato de servicios médicos, en el cual se refleja la capacidad del sujeto, su consentimiento, y el motivo de la intervención del médico.

A pesar de que muchas veces el paciente no selecciona el médico, o no acude voluntariamente al mismo especialista (de turno), en dicho acto se obliga a ser atendido por una necesidad de atención a su salud, en el que el historial clínico viene a ser el elemento imprescindible como adjunto ante alguna forma de contratación.

Acredita la diligencia galena, su acto médico, la manera de llegar al diagnóstico, las condiciones del paciente antes de su intervención, las orientaciones de su tratamiento; no obstante, en él también se puede reflejar, a

contrario sensu, elementos de dejadez, negligencia, abandono o descuido.

El historial clínico sirve como uno de los elementos probatorios de mayor convicción para el juez, en el que se despliega la diligencia del médico desde que se inicia el registro de la información del paciente, su diagnóstico, tratamiento, hasta la aplicación de algunos procedimientos científicos que deben estar acordes a la ética profesional médica, según consta en el artículo 780 del Código Judicial como prueba documental; pero, de la cual pueden emanar otras prácticas de pruebas como por ej.: declaración de parte, testimoniales, inspección judicial, dictámenes periciales, los informes, indicios, entre otros.

Un ejemplo muy ilustrativo que demuestra la importancia del historial clínico se observa en jurisprudencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, caso Samuel Núñez contra Patronato del Hospital Santo Tomás y el Estado Panameño de fecha 26 de abril de 2016, en el que cobra alta preponderancia este instrumento registral de los doctores para determinar la responsabilidad civil médica. Cabe destacar que, para arribar a una equilibrada decisión, la Sala Tercera hace un extenso análisis que descansa en las pruebas testimoniales y periciales, pero que tienen sus bases en el historial médico:

«De lo anterior, puede determinarse que luego de practicado el examen CPRE fallido, la Doctora María E. Du Bois con los resultados de amilasa y lipasa que se encontraban elevados le hizo pensar que la paciente tendría una pancreatitis, y de acuerdo con el perito Pedro Ríos, dicho examen puede generar una pancreatitis, lo cierto es que debió ser pasada a cirugía en el menor tiempo posible, pues el estado de salud de la paciente empeoraba cada día. Lo planteado *ut supra* reviste de importancia, puesto que los peritajes realizados son producto de la historia clínica de la paciente, misma que es considerada por la doctrina como la prueba documental más importante para esclarecer los hechos litigiosos de responsabilidad médica por los siguientes motivos:

La Historia Clínica recoge todos los datos referidos al estado de salud y la asistencia prestada al paciente, informan al juez, como también a los peritos que se sirven de ella para rendir conceptos: sobre la condición de la paciente y la atención desplegada por la institución sanitaria, lo que permite valorar su conducta para determinar a partir de allí si se cumplieron los deberes por parte del personal sanitario, y por tanto, si hay o no lugar a responsabilidad médica. Y se convierte así, en el medio de prueba por excelencia para evaluar el nivel de la calidad asistencial y valorar si la conducta del médico se adecuó a la *lex artis*, de tal manera que constituye el objeto de estudio de todo informe pericial en materia de responsabilidad sanitaria, pues el perito médico requiere como elemento base para la elaboración de su concepto toda la información contenida en la historia clínica.

(...)

Cómo puede apreciarse dentro del historial médico y las declaraciones tanto del personal médico del Hospital Santo Tomás como de los peritos que han emitido sus informes periciales, puede comprobarse que posterior al ingreso de la paciente Lourdes Núñez en condiciones estables y a que se le practicara la CPRE empeoró en su salud al generarse una pancreatitis aguda que se evidenció con el aumento desproporcionado de la amilasa y lipasa; incremento desproporcionado de los glóbulos blancos, como consecuencia de esa pancreatitis que devino en el desarrollo de un cuadro infeccioso». (El subrayado es nuestro)

Se instituye entonces que una historia clínica completa manifiesta el proceder del acto médico y al apego o no a la *lex artis* por parte del facultativo, como bien cita la jurisprudencia este documento sirvió de apoyo para conocer los pasos seguidos por el galeno, puesto que permitió fundamentar un criterio a la realidad más próxima registrada. De tal modo, el expediente clínico es un

punto cardinal para reconocer la responsabilidad médica sin obviar el caudal probatorio que debe emplearse para obtener dicho criterio²¹.

Por tanto, los requisitos y características previamente desarrollados en este trabajo referentes al historial (o expediente) clínico, orientan la decisión del juez, aunque no de manera absoluta, ya que se reitera que se requiere de todo un engranaje probatorio; pero, sin duda este documento constituye la ilustración más cercana de intermediación entre el juez y la actividad desplegada por el médico, en el cual se debe reflejar, así sea someramente, si se persiguió el objeto de la medicina, la curación del paciente.

El expediente clínico es de tan reconocida importancia, que nuestra ley exige su conservación por 20 años contados a partir de la muerte del paciente, permitiendo la destrucción de todos aquellos documentos que no fueron relevantes para la asistencia, a partir de 2 años de la última asistencia²².

Antes de culminar este apartado, es menester anotar que existen otros documentos que cobran importancia para el mundo jurídico, entre ellos: la receta médica, documento que representa un resumen del diagnóstico; pronóstico y tratamiento de la enfermedad del paciente realizado por el médico; así también,

²¹ En el caso en estudio el accionante centra su inconformidad en que «(...) existe un desorden en cuanto al no seguimiento de las exigencias de la norma por los diferentes funcionarios del Hospital Santo Tomás, (...) no cumplieron con el procedimiento de informar debidamente al paciente», haciendo referencia al contenido del Artículo 17 de la Ley No. 68 de 2003, situación analizada muy escuetamente por la Sala, cuando acota que «se ha violado la norma», ya que no se comprobó en proceso que el médico cirujano llevó a cabo las observaciones, advertencias y precisiones necesarias al paciente, en especial a las «consecuencias» que el acto originaria, entre ellas, la lesión o perforación del duodeno (parte del intestino delgado que está comprendida entre el final de estómago y el yeyuno) y las consecuencias que derivarían, obviando la magnitud de los riesgos de las intervenciones médicas en contrate con el estado de salud de la paciente por lo que afirmó la Judicatura, en esta ocasión, que este documento no puede someterse a meros formatos.

²² Entre otros documentos que la Ley prevé su conservación por dos décadas se citan: «las hojas de consentimiento informado, los informes de alta, los informes quirúrgicos y los registros de parto, los datos relativos a la anestesia, los informes de exploraciones complementarias y los informes de necropsia».

el alta médica, que viene a ser una de las formas de verificar la conclusión de la intervención del galeno (si se otorga de forma prematura), etc.

4. La relación médico-paciente

Para que exista responsabilidad civil médica es imprescindible la relación entre dos personas, estas son: el facultativo y el paciente, en que el primero de ellos debe su labor a las necesidades del segundo.

Según el artículo 4 de la Ley No. 23 de 27 de febrero de 1981 de Colombia, modificado por el Decreto 131 de 2010 y el Decreto 19 de 2012 «Por la cual se dictan normas en materia de ética médica», se tiene que: «La relación médico-paciente es el elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico».

Grosso modo, los roles asumidos por las partes de la relación son, por un lado, el del enfermo que asume un deber individual y social de procurar curarse y, por otro, el galeno que despliega su competencia y debe hacerlo con esfuerzo y dedicación, sea cual sea el enfermo y el medio en que lo haga, pero huelga decir que actualmente la relación médico-paciente no se entabla siempre con un formal contrato, ya que existen diferentes modalidades para ello:

- Voluntariamente por el paciente y aceptación del médico (o centro médico).
- Unilateralmente por el facultativo ante emergencia notable.
- A solicitud de terceras personas naturales o formalmente autorizadas para ello por parte del paciente.

- Por compromiso previo del galeno con una entidad dedicada a la salud en atender pacientes (Caja de Seguro Social o Seguros Privados prepagados).

En cualquiera de los casos, el galeno se encarga de proporcionar todos sus conocimientos y medios a su alcance para curar, aliviar, sanar o estabilizar la enfermedad o dolencia del paciente.

Desde otro punto de vista, no se puede omitir que esta relación, médico-paciente, tiene una función social que de ningún modo se debe soslayar y constituye no solo el presupuesto de la semiología en cuanto a ciencia que estudia los signos y los síntomas de las enfermedades; sino, elemento esencial para una adecuada asistencia y tratamiento del enfermo.

Si por una parte, la semiología es el arte y la ciencia del diagnóstico, por otro es el medio para obtener la comunicación fiel con el paciente, ya que todos los niveles del cuerpo, mente y las relaciones interpersonales se traducen en conductas, o sea las comunicaciones que el médico debe captar y meritar, por lo que, en cuanto mejor sea la comunicación mejor será la eficacia del tratamiento (Yungano, et. Al. 1992).

El precitado autor señala algunos puntos básicos de toda relación médico-paciente y propugna por su optimización:

- Tiempo necesario que se debe dedicar al paciente.
- Actitud de apoyo.
- Obtención del consentimiento informado y empleo de medios diagnósticos y terapéuticos.

En la comunicación médico-paciente el enfermo transmite sus síntomas y estados que el médico debe observar y examinar atentamente para brindarle un diagnóstico.

Es por ello que la profesión médica se rige por preceptos morales universales y tiene un sinnúmero de implicancias humanísticas que dependen de la intercomunicación y el apoyo, demostrando que las demandas tienen destellos de venganza por la inadecuada relación médico-paciente y con sus familiares.

4.1. Características

Entre las características imprescindibles de la relación médico - paciente se tienen las siguientes:

- **Profesionalidad:** solo es ejecutable por el profesional médico sujeto a las normas de excelencia profesional vigentes (*Lex artis*), teniendo en cuenta el desarrollo científico, complejidad del acto médico, disponibilidad de equipo y medios de trabajo y las circunstancias específicas de la enfermedad del paciente.
- **Debe ser personal:** el médico debe tener un contacto íntimo con su paciente, su conocimiento sobre este debe ser bastante completo y debe sostener conversaciones con él. El examen debe ser prolongado, profundo y minucioso tendiente a obtener el máximo de información en cantidad y calidad. No obstante, como afirma Lorenzetti (1997, p. 24) «El fenómeno de la atención médica en serie, mecanizada, conduce a la disolución de los lazos íntimos que en otra vinculaban al galeno con su paciente».

- **Confianza:** el paciente debe depositar su confianza en el profesional, lo cual contribuye a su voluntad de recuperación.
- **Beneficencia:** búsqueda del bien del paciente y la obligación de no producir daño, más bien prevenirlo.
- **Es una relación Jurídica:** vínculos obligacionales entre las partes; es decir, derechos y obligaciones a cargo de quienes se atañen a la relación.

4.2. Naturaleza de la relación médico-paciente

No se debe perder de vista que el vínculo médico-paciente tiene como norte la búsqueda de aplicación del acto médico, pero al cuestionar sobre su naturaleza, se recuerda que se trata de una relación meramente contractual, y excepcionalmente, será de naturaleza extracontractual²³.

Por ejemplo, que un contrato médico sea declarado nulo, la prestación del servicio sea espontánea por emergencia, el enfermo sea un incapaz legal, o se preste el servicio por ordenanza legal, en todos los casos el galeno siempre tendrá cargas propias a su profesión, que de algún modo contrae un contrato con la sociedad y su arte.

²³ Sobre el inicio de la relación contractual de la actividad médica se recomienda la lectura del caso Clínicas y Hospitales, S.A. (Centro Médico Paitilla, S.A.), Sonia Portillo H. Xiomora R. de Rovira, Ramón Crespo Berges, Roberto Enrique Malek Bourdett y Brenda Vidal Valladares de Malek recurren en casación en el Proceso Ordinario de Mayor Cuantía que Roberto Enrique Malek Bourdett y Brenda Vidal Valladares de Malek le siguen a Clínicas y Hospitales, S.A. (Centro Médico Paitilla, S.A.) y otros. Magistrado Ponente: José A. Troyano. Corte Suprema de Justicia, Sala Primera de lo Civil, Panamá, 31 de julio de 2000. Hace un valioso aporte respecto al vínculo consensual que las partes conciben, y el simple hecho que el paciente acuda a las consultas previas y al lugar acordado para ser operado constituye «*per se*» un acuerdo de voluntades.

Señala Aguiar Guevara (2001, p. 117) que: «al establecerse la relación médico-paciente, nace un vínculo jurídico entre el médico y el paciente, de orden civil y carácter privado, a reserva de aquellas instancias de salud de orden público constituidas por ciertas patologías denunciabiles, que genera una serie de obligaciones para las partes contratantes y de las cuales se derivan también una serie de consecuencias jurídicas para el médico en su ejercicio privado o público».

La celebración de un contrato es la forma más habitual o el camino más común para que se lleve a cabo la prestación del servicio médico. Ese contrato es el llamado contrato de servicios médicos o de asistencia médica, celebrado entre el galeno y el paciente directamente; no obstante, puede celebrarse con los familiares o con el representante legal si el paciente está impedido de manifestar su voluntad (paciente inconsciente, menor de edad, los incapaces, etc.).

Sobre estas bases, puede decirse que la relación que se da entre el médico y el paciente es generalmente una relación contractual. Este contrato respecto al médico genera una obligación de actividad que es en esencia el contenido de la prestación debida por el galeno; es decir, el contenido del contrato. Además, las normas éticas y morales establecidas en los Códigos de Ética se entienden incorporadas al contrato de asistencia médica, ya que regulan el ejercicio profesional de la medicina en todo momento.

Una de las opiniones jurisprudenciales más sobresalientes, según la Doctora francesa Rouge-Maillart (s/f) se remonta al año 1936, en un juicio de casación *Mercier*: entre el médico y su cliente se forma un contrato real que implica para el profesional el compromiso de sanar al paciente, de manera atenta y reservada, mientras que el paciente debía pagar el precio, y esta

violación, incluso involuntaria, estaba sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, que es contractual.

Esto no quiere decir que el galeno no pueda incurrir en responsabilidad al margen del contrato por su simple intervención unilateral, perfilándose la responsabilidad en estos casos como extracontractual. Dichas hipótesis o supuestos que configuran la llamada responsabilidad extracontractual son, según Bustamante Alsina (1997, p. 517), las siguientes:

- Cuando los servicios médicos son prestados espontáneamente, sin consentimiento del paciente, (ej. accidente de tránsito y el médico auxilia a la víctima).
- Cuando los servicios son prestados en contra de la voluntad del paciente (ej. el suicida que recibe auxilio).
- Cuando el médico comete un delito en relación a una persona, sea o no cliente, ej.: prescribe un supuesto medicamento que provoque la muerte del paciente (utiliza su profesión como medio).

Volviendo al tema, entre las características de la relación médico y paciente se establece un contrato de cuidado y fundamenta su opinión en que se trata de una relación civil por medio de una profesión liberal que no puede estar sometida a las reglas del derecho comercial; es un contrato regularmente oral ya que ninguna formalidad es necesaria para establecerlo, es suficiente la aceptación del médico en cuidar y el paciente en recibir los tratamientos; se trata de un *contrato intuitu personae* por consideración de la persona y, es un contrato sinalagmático, el paciente se obliga a pagar los honorarios y el médico en proporcionar la atención.

En fin, al abordar la responsabilidad médica, comenta Vásquez Ferreyra (s/f) en sus notas de «*Responsabilidad Civil de los Médicos*», que existe una innecesaria discusión en dividir entre responsabilidad contractual y extracontractual, ya que como es de suponer, este tipo de servicios muchas veces debe ser desarrollado de manera espontánea ante emergencias, de tal modo que suscribir un contrato muchas veces pasa a segundo plano.

De manera similar, anota Rouge-Maillart (s/f) que la obligación de sanar o cuidar la enfermedad es una obligación idéntica en todas las situaciones contractuales o extracontractuales, en el sector privado o público: un deber único.

4.3. Obligaciones de medio o de resultado

Este es uno de los puntos determinantes de esta obra, dado que las obligaciones de medio no tienen las mismas cargas o exigencias que las obligaciones que demandan un resultado. Siendo así, el dominio de estos conceptos son aptitudes que no solamente nos ayudan a determinar el alcance de la responsabilidad, sino la propia existencia del deber de resarcir.

Estos conceptos son de origen francés, de la mano de Demogue, y han sido de gran utilidad para determinar la responsabilidad de los médicos. Desde luego, resulta común observar que la asistencia médica tiene sus bases en asistir al convaleciente aplicando su experticia de manera diligente según las necesidades del paciente, situación que ubica a esta actividad en una obligación de medio, premisa general. Y es que, el médico no se compromete a curar o dar un resultado profético, sino a desarrollar su labor con atención a las normas de su ciencia y ofrecer su servicio óptimamente.

En ese sentido, autores como Tamayo Jaramillo (1990) prefieren generalizar todo el acto médico como una obligación de medio, inclusive la cirugía plástica.

Empero, salta a la duda ciertas intervenciones del galeno que tienen el resultado prácticamente garantizado, si él se encuentra atribuido de la especialidad y cumple con el procedimiento normal, situándose esos actos médicos específicos en obligaciones de resultado.

Chacón (2003) menciona que en la actualidad existen fuertes corrientes que atribuyen a ciertas intervenciones del galeno a obligaciones de resultado, tal es el caso de la cirugía plástica, casos de odontología, la colocación de una prótesis (de cadera) y la práctica de ciertas cirugías como: la apendicetomía o un parto normal. De modo similar Anunziato (2001) contempla que todas las actividades destinadas a embellecer al paciente, corrección de nariz, boca, pabellón auricular, son de un resultado concreto y él destaca que el margen de error es mínimo.

En cuanto al tema, anota Guzmán Mora (2001) que, en 1940, la jurisprudencia colombiana, a través de providencia del 5 de marzo emite su opinión con relación al tópico: «(...) la obligación del profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de este».

Al contrario de esta posición generalizadora, no se puede desconocer que existen posiciones jurisprudenciales que enmarcan ciertas actividades del médico como una típica obligación de resultado; pero, inclusive en ellas si se demuestra debida diligencia del galeno, el resultado negativo se destina como

parte de lo inesperado, y lo incierto es que van más allá del riesgo tolerado, permitiendo al galeno eximirse de responsabilidad.

Nuestra jurisprudencia patria, en el Recurso de Casación presentado por Brittanía Rodaniche en el Proceso Ordinario que le siguió José Manuel Terán Sittón y su esposa en su nombre y en representación de su menor hija, de 25 de febrero de 2000, caso emblemático de responsabilidad civil médica en Panamá, marca un antes y después en la jurisprudencia nacional referente a la responsabilidad civil médica, y asimila a esta responsabilidad profesional preferentemente como una obligación generalmente de medio y no de resultado en los siguientes términos:

«Las del médico se ubican, entonces, en las obligaciones de medio y no de resultado. La obligación es de medio cuando el resultado pretendido por el acreedor es aleatorio, y el deudor, pese a la pericia o la diligencia empleada, no puede garantizar la obtención del propósito buscado. En cambio, la obligación es de resultado cuando, en el orden normal de las cosas y salvo que intervenga una causa externa (caso fortuito o fuerza mayor), el deudor responde de la obtención del beneficio o resultado buscado por el acreedor.

En atención a su naturaleza; es decir, por ser una obligación de medio y no de resultado, la responsabilidad civil, derivada de un acto médico defectuoso, ya sea esta de orden contractual o de naturaleza extracontractual, supone una culpa probada en cuanto a la actuación del médico. Normalmente, obra a favor del médico la presunción de que, aunque el paciente no haya recuperado la salud y, por lo tanto, sufra un daño, el médico ha actuado diligentemente en el esfuerzo realizado para combatir la enfermedad. Se considera que es aleatorio que el paciente pueda aliviarse o curarse con el tratamiento brindado por el médico y también que el médico pueda garantizar que no se producirán daños colaterales o consecuenciales en razón del

tratamiento empleado. Incluso, no pocas veces en este ramo de la actividad humana -la desplegada por los médicos cuando aplican sus conocimientos-, es posible que no se llegue a saber con toda certeza cuál ha sido la causa del daño sufrido por el paciente, dependiendo del grado del desarrollo alcanzado por la ciencia, del tipo de tecnología a disposición en un momento dado o de las propias condiciones de salud del enfermo». (El subrayado es nuestro)

La intervención de esta opinión es parte de la sentencia de reemplazo, motivada en que la responsabilidad de los médicos debe fundamentarse en una culpa probada, afirmando entonces que en caso de responsabilidad contractual las obligaciones por el médico son de medio y no de resultado, o en caso de responsabilidad extracontractual sería injusto que sobre el médico pesara una presunción de culpa a favor del acreedor.

A rescatar otra observación de la Sala cuando anota que: «Aún aquellos autores inclinados a reconocer en el médico una presunción de culpa, o aquellos que postulan la responsabilidad objetiva en la determinación de la responsabilidad médica», «se niegan a sentar principios generales y absolutos, matizados su enfoque con la idea de facilitar a los demandantes la carga probatoria en determinadas hipótesis o en determinadas situaciones concretas. (...) cirugía estética, (...) odontología o una vasectomía, (...) la obligación se torna de resultado»²⁴.

Sin la intención de convencer al lector de optar por la actividad médica como una obligación exclusivamente de medio, o una obligación bifocal de medio por lo general y de resultado por excepción, se debe manifestar que

²⁴ Otra posición adoptada por la Sala Civil, por medo del Recurso de Casación presentado por Bernabé González Castillo en el proceso ordinario que le sigue al Hospital de San Miguel Arcángel, 28 de octubre de 2009: «porque la medicina, a la postre, es un trabajo de medio y no de resultado».

somos de la opinión de que los cimientos de este razonamiento descansan en el análisis del objeto de cada contrato o relación médica, sin dejar a un lado que toda relación médico-paciente esta revestida del «*alea*», hecho en el que se toma un riesgo y el resultado es incierto y asemejado al azar aun cuando el médico es diligente.

Es decir, que no siempre depende de la voluntad del galeno, puesto que si bien el contrato es válido, su resultado nunca se podrá garantizar con plena certeza, ya que sobre el objeto que recae la actividad existen riesgos y complicaciones (no confundir con culpa grave o dolo del médico, ya que es claro su deber de responder).

Se recuerda que en medicina es posible que el elemento analizado sea un organismo vivo que reacciona de manera autónoma, sin que el galeno más experimentado pueda realmente predecir el comportamiento final del mismo, lo cual agrega un toque de incertidumbre al actuar médico y no le permite garantizar el resultado, ni siquiera de lo que cree que está a su alcance.

Inclusive Arbesú (2006, p. 55), en su obra «La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética», reconoce el carácter aleatorio de los presuntos actos médicos de resultado, ya que debido a la dependencia de factores externos a la actuación del deudor, este no se compromete a su obtención y como contraposición a esos «factores externos» debe prestarse alta atención a la correcta diligencia del facultativo conforme a la *Lex ad-hoc* y protocolos médicos.

Por su parte, Arbesú, al referirse a la cirugía estética como uno de los clásicos ejemplos citados al momento de referirse a la obligación de resultado anota tres consideraciones insoslayables:

- Ante una actividad médica que carece de alea la obligación se configura como resultado.
- La cirugía estética, como toda cirugía, contiene un componente de imprevisibilidad, por lo que el punto anterior sería algo cuestionable.
- Optar por clasificar como obligaciones de resultado a algunas actividades quirúrgicas respecto a la «actividad medica no curativa o innecesaria terapéuticamente, independientemente de que también participe de la característica de la aleatoriedad».

No obstante lo anterior, si el alea es entendido como lo que realmente es, se tendría que meditar sobre los casos que realmente carecen de ello, sin perjuicio de evidenciar la mala práctica del médico.

A nuestro parecer, más que preocuparse en precisar si la obligación del médico es de medio o de resultado, la situación fáctica jurídica radica en que muchas veces los terapeutas prometen resultados específicos sin tomar factores endógenos o exógenos del caso médico, a pesa que, siempre están latentes los riesgos y complicaciones; existiendo de algún modo galenos capaces de ofrecer pronósticos desafiantes, quizás motivados por sus intereses pecuniarios.

Entre tantas actividades que desempeña el profesional de la medicina, no resulta ser una tarea fácil determinar si un acto médico corresponde a una obligación de medio o de resultado; pero, es imprescindible mencionar que, en cualquiera de los dos casos, se necesita la prueba de la culpa del médico.

Finalmente, estamos convencidos que no se conceptualiza lo que es una obligación de medio o de resultado, pues es de la mano de los peritos en la materia que nos ilustraremos sobre las probabilidades o porcentaje de un objetivo médico, si se cumplieron los procedimientos médicos con la debida

diligencia, conocer un determinado acto médico y las complicaciones propias del paciente, sin que ello signifique que se conocen todos los riesgos que lo rodean.

4.4. Sobre los efectos jurídicos de la relación médico-paciente

No cabe duda que la relación médico-paciente genera una serie de obligaciones; dado que, al establecerse esta relación nace un vínculo jurídico de orden civil y de carácter privado que genera una serie de obligaciones para las partes contratantes y de las cuales se derivan también una serie de consecuencias jurídicas para el médico en su ejercicio privado o público.

Los efectos jurídicos a mencionar son autónomos de la existencia de un contrato «descriptivo», dado a que esta actividad goza de rango constitucional, como bien se puede referir entre los artículos 17, 109, 110 de la Carta Magna de 1972 (reformas: 1983, 1994 y 2004), normas estas que refieren la función esencial del Estado de velar por la salud de la población de la República, lo cual por supuesto, repercute en los efectos jurídicos que otorga la ley al paciente y exige al galeno una conducta debida por axioma²⁵.

²⁵ Adicional existe una serie de derechos consagrados por organizaciones internacionales, por mencionar algunos: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 de la O.N.U., La carta a los enfermos, y otros, cuyo contenido esencial es la preservación de la salud del hombre.

De igual modo la Ley No. 66 de 1947, «*Código Sanitario de la República de Panamá*», en su Artículo 85 otorga atribuciones al Departamento Nacional de Salud Pública para reglamentar y controlar el ejercicio de la medicina y profesionales afines, de acuerdo al Consejo Técnico de Salud Pública. Entre otras normas se menciona el Decreto de Gabinete No. 16 de 22 de enero de 1969 que se refiere a la composición y funciones de la Comisión de Ética y Consulta Profesional respecto a las sanciones por faltas en el ejercicio de las funciones de los médicos. De igual manera tenemos el Código de Ética cuya actualización es realizada por la Asociación Médica Nacional que de manera dispersa refiere que la profesión médica está al servicio del hombre y de ejercicio eminentemente humanitaria, fijando a la vida y a la integridad del hombre como deberes primordiales del médico exigiendo complementariamente su actualización científica y humanística (cfr. art. 6), debe ejercer su profesión sin discriminación de pacientes (cfr. art. 8), destaca la relación médico-paciente como primordial en la práctica médica (cfr. art. 10) entre otras disposiciones que fijan la salud del individuo como norte del actuar del facultativo.

Entre los efectos jurídicos que encierra la relación médico-paciente (derechos y obligaciones) y que emanan de este vínculo calificado para cada uno de los intervinientes, se mencionan a continuación los correlativos que frecuentemente cita la doctrina.

Obligaciones del médico

- **Brindar asistencia médica:** esta es la obligación gravitacional de la relación médico-paciente, facilitada con los conocimientos médicos, cuidados y diligencias con plena y total autonomía científica. La atención debe ser adecuada, y que atienda el restablecimiento de la salud o hacer más digna la evolución del paciente, mediante un obrar profesional con material intelectual y científico, alta cuota de racionalidad, asumiendo un rol directivo sobre la vida del paciente²⁶.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en su artículo 25 prevé que toda persona tiene derecho, entre otras cosas, a la salud y a la asistencia médica; el Pacto Internacional de Derecho Económico, Sociales y Culturales (1966), en su artículo 12 hace referencia a que los Estados partes reconocen derecho a toda persona a la salud física y mental y sigue diciendo asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad; La Convención Americana de los Derechos Humanos (1969) en su artículo 10 se refiere al Derecho a la Salud, reconociendo que toda persona tiene derecho a la salud, bienestar físico, mental y social y de forma imperativa preceptúa que los Estados partes reconocen a la salud como un bien público. Cabe anotar que en materia de derechos humanos la salud se ocupa como derecho de segunda generación. Por su parte, el proyecto de Constitución europea presentado en Roma en el año 2003 (que sería de jerarquía superior a las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea), señala en sus tres artículos temas relacionados a la dignidad humana, derecho a la vida y el derecho a la integridad personal los cuales suponen el derecho a la salud. En materia internacional el derecho a la salud se consagró con la constitución de la Organización de la Salud (1948), seguido de la Declaración de Alma-Ata de 1978 y en la Declaración Mundial de la Salud adoptada por la Asamblea Mundial de la Salud en 1998.

²⁶ Valencia (1997) inclusive advierte el contenido del Artículo 324 del Código del Trabajo, que si bien bajo otro enfoque, precisa la exigencia de la función médica, resaltando la premura de su deber: Artículo 324. Los médicos oficiales tienen entre sus obligaciones: 1. Acudir sin demora o pretexto alguno al llamado que se le haga en todo caso de riesgo profesional ocurrido a un trabajador; y, 2. Suministrar sin demora alguna a las autoridades competentes los informes o dictámenes que les soliciten en todas las cuestiones médico-legales que surjan con motivo de la aplicación de las disposiciones de este capítulo.

- **Elaborar el historial clínico:** constancia del diagnóstico, los tratamientos, generales del paciente, prescripciones recomendadas al enfermo y todo lo analizado por el razonamiento del médico, influyente para la salud del paciente.
- **Deber de secreto médico:** todo los informes médicos y comunicaciones relativas al cuidado del paciente debe ser tratados con estricta confidencialidad²⁷ (cfr. arts. 13 y 14 Ley No. 68 de 2003). Su incumplimiento podría repercutir en su vida personal y laboral. Se trata de un deber ético que se conserva hasta luego de la muerte del paciente²⁸.
- **Informar y recibir el consentimiento del paciente:** esto incluye no solo a los pacientes, sino a sus representantes legales o familiares en lo posible y cuando proceda, para permitir una decisión informada, así como las acciones preventivas que correspondan²⁹. (cfr. art. 4 Ley No. 68 de 2003).

²⁷ La Ley No. 6 de 22 de enero de 2002 «Que Dicta Normas para la transparencia en la gestión pública establece la acción de Habeas Data y dicta otras disposiciones», al momento de definir el concepto de «Información Confidencial» anota en su primer supuesto: «Todo tipo de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública que tenga relevancia con respecto a los datos médicos y psicológicos de las personas, la vida íntima de los particulares (...)». Tal referencia nos lleva a enfatizar que tan importante resulta ser la confidencialidad o «el secreto médico».

²⁸ En materia de enfermedades de transmisión sexual, entre ellas el SIDA, la Ley No. 40 de 14 de agosto de 2018 «Que establece el marco para el abordaje integral de las infecciones de transmisión sexual y el Virus de Inmunodeficiencia Humana», establece una de las excepciones a esta regla en su artículo 38, ya que todo diagnóstico confirmado de VIH debe ser obligatoriamente notificado al Departamento de Epidemiología del Ministerio de Salud para efectos estadísticos y epidemiológicos; a resaltar que esta deroga la Ley No. 3 de 5 de enero de 2000. Así también, la Ley No. 3 de 8 de febrero de 2010 «General de trasplantes de componentes anatómicos» precisa en su artículo 4 que: «La información relativa al donante y al receptor de componentes anatómicos humanos será recogida, tratada y custodiada en la más estricta confidencialidad por los centros hospitalarios, excepto cuando se sospeche la existencia de riesgos para la salud individual o colectiva». A pesar de todo, compartimos con Valencia (1997) que: «(...) el secreto es revelable en tanto busque el bien del paciente» (p. 66), cuando se compruebe que ello supera el deber de confidencialidad.

²⁹ Valencia (1997) destaca al respecto que: «En este momento el lenguaje toma capital importancia, se deben utilizar conceptos técnicos de fácil entendimiento por parte del paciente, (...), de la información que reciba él, podrá tomar una decisión libre» (p.62).

- **Respetar la negativa a tratarse:** se ubica en las obligaciones más profundas y debatidas, puesto que es un derivado del derecho de consentimiento del paciente, muchas veces se discute sobre la intervención de apoyo espiritual y moral solicitada por el paciente, lo que debe ser respetado por el facultativo (cfr. art. 22 y ss. Ley No. 68 de 2003). Cabe precisar que en caso de negativa o rechazo a procedimientos, deberá registrarse constancia escrita³⁰.
- **Derivación del paciente:** es deber del médico informar de inmediato si no está en condiciones, por motivos fundados, de asistir a un paciente o si la enfermedad requiere una especialidad distinta, salvo en caso de urgencia en que deberá atender al paciente hasta que llegue otro profesional *ad-hoc*, e indicar qué tipo de especialista debe tratar al enfermo en pro de su salud.

Derechos del médico

- **Interrumpir la prestación de servicio:** tiene derecho a recibir un trato digno por parte del paciente, familiares y allegados y tener su criterio profesional o pensamiento científico.
- **Solicitar el concurso de otros colegas:** en medicina es dable recurrir a otros médicos con mayor experiencia y pericia en ciertos temas, lo cual es totalmente aceptable en miras de la salud del paciente.

³⁰ En Colombia se han dado muchos casos de pacientes que son testigos de Jehová, (especialmente niños) en donde los tribunales de menores intervienen sobre la decisión de los padres y proceden a ordenar la intervención del menor en casos graves de muerte (transfusión de sangre, etc.). Inclusive en este derecho se discute la «muerte con dignidad» (cfr. Chacón, p. 2003).

- **Dotado de los recursos necesarios:** el médico debe contar con todos los equipos que sean necesarios para ejecutar su labor. He aquí un sobresalto entre la responsabilidad médica y la entidad para la cual trabaja (clínica, centro asistencial, hospital, etc.). No obstante, esto es sin perjuicio que el galeno debe advertir sobre ello, ya que su omisión podría repercutir en la salud del doliente.

Derechos del paciente

- **Escoger libremente a su médico:** el paciente no solamente tiene derecho a seleccionar a su médico, este derecho puede extenderse hasta la selección del Centro de Salud.
- **Ser cuidado por un médico:** se trata de un deber humanitario y de celoso cumplimiento del juramento hipocrático, el contenido del acto médico, además es el crédito del paciente.

Obligaciones del paciente

- **Informar al médico:** se recuerda que el primer contacto con el paciente, en la mayoría de los casos, es de forma verbal; es decir, por medio de la conversación, acto en el que el convaleciente debe ofrecer todos los datos que sean vitales para ser restablecido, curado, sanado, entre ellos su estado actual (cfr. arts. 13 y 42 del Decreto Ejecutivo 1458 de 2012)³¹.
- **Atender el tratamiento y cuidado:** el propio doliente tiene el deber de seguir los tratamientos, recomendaciones, las prescripciones médicas, abstenciones, acudir a las visitas de seguimiento, entre otros aspectos que complementan directamente el acto médico.

³¹ Advertir al galeno del estado de salud preexistente permite que se anticipe a efectos sobrevinientes, y en caso contrario, se estimara la debida diligencia del galeno tomando en cuenta, únicamente, la información proporcionada para tomar una decisión.

- **Pagar los honorarios del médico:** a sola excepción del ejercicio profesional en la actividad pública, el profesional tiene derecho a la percepción de sus honorarios por parte del paciente. Es indistinto el medio de pago, cuando el paciente recurre a los sistemas de medicina prepagos, o a los sistemas de seguro, en los que cancela los honorarios profesionales con la entrega del bono o coaseguro, o la suscripción en la orden de atención en la planilla del médico.

5. Elementos de la responsabilidad civil médica

Para lograr el desarrollo de un caso por responsabilidad civil médica, es vital que concurren una serie de elementos que coinciden con los elementos de toda responsabilidad civil; pero, desde un punto de vista de la salud, los conceptos se combinan y luego se elevan a escenarios de la profesión médica.

5.1. El médico incumple con la conducta apropiada exigida

La actividad médica responde a principios éticos y legales íntimamente relacionados a su expresión laboral y vocación, cuyo paradigma puede traducirse al deber natural arraigado a su profesión.

En este caso, los médicos tienen un marco de referencia abstracto: el médico diligente medio, razonable y prudente que no se separa de los parámetros de conducta predeterminados, la ética médica, el objetivo de persecución de salud; los presupuestos constitucionales que propugnan por la salud de la comunidad, convenciones y tratados internacionales ratificados en materia de salud, los códigos de ética, leyes especiales, la experiencia requerida, la actividad profesional tomando en cuenta cada especialidad (cirujano, cardiólogo, oftalmólogo, etc.) con procedimientos distintos de acuerdo

al grupo profesional en el que se desenvuelve³².

En fin, la *Lex artis ad-hoc*, debe conjugarse con las circunstancias, los riesgos inseparables de la actuación, las cualidades del paciente y la complejidad del acto. Posterior a ello, se entra a evaluar los resultados de la conducta y determinar si el centro gravitacional de los mismos fue ilícito o fue adecuado respecto a la generalidad y normal devenir de la actividad profesional.

Este análisis de determinación del acto médico como hecho ilícito responde a la *Lex artis ad hoc* en materia de servicios de la salud, pero el mismo no puede ser juzgado de forma universal debido a los diversos factores inseparables que pueden incidir en el caso concreto, en cada especialidad, el recurso técnico y económico en el que se produce la actuación médica, sin olvidar que en ocasiones el médico debe tomar decisiones urgentes y con la objetiva necesidad de no cuestionar un resultado preciso.

Por su parte, la verificación de los deberes que tiene el médico con su paciente tiene relevancia para la deducción de su actuar como un hecho ilícito, siendo además las normas de conducta exigibles, las que permiten por medio de una comparación entre lo desplegado y la conducta que se esperaba del facultativo, las que permiten convencer sobre su ejecución que no permite grado de torpeza. Finalmente, tenemos que es la asistencia médica y el acto médico que debe producir y originar el daño, para sí destacar como hecho ilícito en el ámbito profesional.

³² Galán citado por Parra (2014) anota que no debe exigirse responsabilidad al médico que emplea su profesión si no existe consenso en la doctrina científica sobre un tratamiento concreto para abordar ciertas enfermedades, sin que esto signifique que el galeno no debe actuar con procedimientos técnicos conocidos y con el previo consentimiento del paciente.

5.2. Daño que provenga del actuar médico

En materia médica el concepto de daño no difiere del tradicionalmente conocido, esencia de la causa de la indemnización. En cambio, en el campo de la responsabilidad civil médica se torna necesario determinar qué tipo de daño recibe el doliente, puesto que debe ser un daño significativo para el panorama jurídico. Cabe resaltar que este daño puede ser total o parcial, temporal o permanente.

El daño a reclamar en responsabilidad médica debe derivar del acto médico que refleja una conducta encaminada a la prestación de un servicio sanitario y que realiza el galeno en el desempeño de su profesión frente al paciente; es decir, en su rol, por ej.: una cirugía, un tratamiento, un diagnóstico.

Atinada es la opinión de Lorenzetti (1997) que explica y categoriza el daño que llega con el paciente, su enfermedad, y el daño proveniente del acto médico: «Un problema de gran relevancia de la responsabilidad médica es imputar al médico las consecuencias de su obrar, separándola de las que produce la enfermedad», en ese sentido arguye que « (...) se debe diferenciar previamente la acción de la enfermedad, para lo que produce la conducta del profesional, y a *posteriori* la noción de acción de la causa» (p. 414).

Por tanto: «La confusión en la responsabilidad médica, proviene del hecho de que el paciente está dañado por la enfermedad, antes de que el médico comience a tratarlo. En muchos fallos no se discrimina claramente este diferente curso causal».

Corresponde emplear una actividad probatoria que involucre el método para que los daños identificados sean determinados, dado que sin estos no podíamos hablar de «responsabilidad civil». A *contrario sensu*, el tema del daño médico no puede asemejarse al abuso del derecho de demandar por patologías

previas a la intervención del acto médico, propio de la condición del paciente o causado por otros eventos o elementos extraños.

Ilustramos con la Acción contenciosa administrativa de reparación directa de indemnización interpuesta por el Licenciado Octavio Villaláz, en representación de German Chacín Borrego, contra la Caja de Seguro Social (Estado Panameño), por supuesta negligencia incurrida por dicha entidad por la actividad de los galenos Luis Fernando Pitty y la anestesióloga Angélica Howall³³.

«En este punto, la Sala advierte que ambos peritos, tanto el de la Procuraduría de la Administración como el de la parte demandante, son contestes al declarar que no consideran que la cirugía denominada laminoplastía cervical practicada al señor CHACIN BORREGO pudiera producir la úlcera corneal que, supuestamente, presentó el demandante después de la mencionada operación en la Caja de Seguro Social.

Ambos especialistas coinciden en que es improbable que este tipo de cirugía pudiera causar el daño alegado por el actor de la demanda, y al contrario consideran que esta lesión era una condición preexistente, no declarada por el señor CHACIN BORREGO al momento de ser evaluado para la operación, tanto por el cirujano que practicó la operación, como por el anestesista.

³³ **Antecedentes:** El señor German Chacín Borrego demandó a la Caja de Seguro Social (y al Estado Panameño) al pago de un millón quinientos mil balboas (B/.1, 5000,000.00) por los daños físicos y morales causado por negligencia, dado que al ingresar al Complejo Hospitalario Metropolitano de la Caja de Seguros Social el 13 de mayo de 2011 para realizar un procedimiento quirúrgico conocido como: Laminoplastía Cervical (procedimientos utilizados para corregir la estenosis o estrechamiento del canal cervical que produce compresión de la médula espinal), sometido a dicha operación el 16 de mayo del año en mención, manifestó lesión con desepitilización central de la córnea e infección purulenta y posterior pérdida de visión del ojo izquierdo. **Conclusión:** Se declaró al Estado panameño, a través de la Caja de Seguro Social, como no responsable del pago de la indemnización solicitada y se negaron el resto de las pretensiones.

Adicionalmente, consideran que este tipo de lesiones pueden ser producto de las actividades agrícolas del demandante, como lo son la siembra y el procesamiento de limones y naranjas, al tener contacto con sustancias tóxicas.

Por lo anterior, esta Sala debe desvirtuar la existencia de un daño o perjuicio causado al señor CHACIN BORREGO por parte del equipo médico de la Caja de Seguro Social y algún nexo causal con el procedimiento quirúrgico, practicado el 16 de mayo de 2011, consistente en una laminosplátia Cervical.» (El subrayado es nuestro).

En el presente caso se demandó por un daño situado en el rostro, específicamente el ojo izquierdo inflamado luego de culminada la operación, con dolor intenso supuestamente por la exposición del ojo durante la operación y sustancias abrasivas, y que posteriormente, ocasionó una segunda intervención quirúrgica de trasplante de córnea; una vez se retiró del Centro Hospitalario Metropolitano, se le diagnosticó con pérdida de la visión del ojo izquierdo.

En este caso se observa cómo se niega el daño alegado como supuesto antecedente a la operación de la columna cervical, cuyo objeto era la movilización parcial de las estructuras espinales y fijación con elemento de artrodesis para sostener estructuras a través de la nuca del paciente y no en el rostro.

Así, los peritos concluyeron que es poco probable que suceda una afectación por la primera operación espinal en la tercera capa de la córnea que nada tiene que ver con laminoplastia cervical practicada, por lo que indubitablemente, el daño no surge de la intervención quirúrgica alegada, sino de una condición previa.

Se demuestra una clara distinción entre el daño que dimana de la enfermedad (independiente a la patología a tratar) y la que surge del actuar médico, al determinar la inexistencia del daño como derivado del acto médico, sin falla de servicio, irregularidad o deficiencia y por ende, ausencia de nexo causal.

Y así sucesivamente, la certeza del daño debe aplicarse a los también daños futuros, pero con una atenuante en materia médica que permite la «probabilidad de certeza», la cual debe ser acompañada e ilustrada por opiniones científicas con criterios objetivos de previsibilidad. Esto debe ser así, puesto que no resulta lógico que una persona inicie un proceso a medida que aparezcan los daños paulatinamente cuyo origen es el actuar del galeno³⁴ y «puede ser justo o conveniente que, en algunos supuestos, el daño sancionable jurídicamente se determine o mida con arreglo a criterios de excepción» (De Cupis 1975, p.414).

Al respecto, se es de la opinión que la gran confusión de interpretar un daño futuro como carente de certeza estriba en que se asocia la certidumbre con el factor temporal de su ocurrencia, la «actualidad», lo cual no es fundamento lógico ni jurídico suficiente para negar el resarcimiento de un daño por el mero hecho de ubicarse en lo venidero, máxime cuando el mismo ya ha empezado a radiar sus efectos.

³⁴ Por ejemplo, el daño estético se aplica de acuerdo a la parte corporal que se considera damnificada, (nariz, ojos, rostro), cobrando potencial valor si la persona trabaja con su imagen, ocasionándole un perjuicio directo en sus ganancias, suponiendo algo más que un lucro cesante, su proyección de vida profesional. Aunado a ello, en medicina y derecho se abordan temas de daños altamente perceptibles subjetivamente por el doliente, como por el ej.: el daño a la salud o daño de la vida en relación como un perjuicio autónomo cuyo sentir es inmaterial o extrapatrimonial, concepto este que recoge el Consejo de Estado en sentencia del 19 de julio del año 2000.

El análisis de lo susceptible y merecedor a llamar daño desde un punto legal y holístico nace de un pensamiento social; dado que, si bien la Constitución Política protege al individuo como parte de la comunidad y su desenvolvimiento, entonces: «Lo que el derecho tutela, el daño vulnera» (De Cupis, 1975, p. 109); si la Ley protege al ser humano y su desarrollo como persona, es posible atrapar todo efecto negativo que recaiga sobre él y consecuentemente adoptar forma indemnizable.

Entonces, el contenido del daño puede ser medido o determinado con criterios diferentes distintos a los normales, siendo una cuestión de fácil explicación, siempre que se rescate la entidad del daño sufrido. A tomar en cuenta que las exigencias del derecho son variables, y que en estos casos en particular, se parte de lo que se le exige al médico, que por su destreza y actividad cualificada, y la oportunidad de lidiar con decisiones altamente comprometidas con la vida del paciente, en ocasiones tiene en sus manos la posibilidad de cambiar el rumbo de los días próximos del enfermo.

Y es que, resulta ser premisa fundamental que el daño en la responsabilidad médica recae generalmente sobre la vida, anatomía, o la salud del paciente, su curación, sin perjuicio de los deberes de segunda categoría (deber de informar, secreto médico, historial clínico, etc.); por esta razón, mientras otros profesiones o particulares pueden optar por causar daño mediante su conducta, o simplemente permanecer en estado neutro sin agravar, el galeno tiene un deber nato de beneficiar la vida y la salud del doliente, situación que lo coloca como un ente de mejoría, alivio, curación, restablecedor del individuo, situación que se reprocha desde un plano social, ético, científico y en especial jurídico.

El daño en materia médica cobra una verdadera aplicación de la «*restitutio in integrum*», puesto que se obra en la esfera de la responsabilidad civil de manera veraz y efectiva como en ningún otro ámbito de la responsabilidad civil, reconociendo desde daños extrapatrimoniales, como: la vida, aspectos corporales y daños materiales (quemaduras, cambios de aspecto, fracturas, hematomas, incapacidad, órganos, precio del dolor, perjuicio del afectado, perjuicio estético - propia imagen, intimidad y honor por el incumpliendo del secreto médico, etc.); inclusive daños de segundo orden que recaen en las finanzas del afectado (daño emergente y el lucro cesante).

Por tal razón, es allí donde se concede el derecho a compensar el daño material, daño moral, daño en la salud, daño virtual, daño fisiológico, vida en relación, pérdida de la oportunidad, entre otros embrionarios que no divagan en reconocer la proyección del individuo como persona, como trabajador, como miembro de una familia.

5.3. Mala praxis y culpa médica

En términos generales, la *mala praxis* es un término utilizado para hacer alusión a la responsabilidad del profesional por actuar con negligencia, mala diligencia y falta de gestión. Frecuentemente se aprecia que este concepto va acompañado de alguna profesión: abogacía, contabilidad, medicina, etc., siendo la última la más interesante, y que debe tener como desembocadura la lesión del paciente para que cobre significativa importancia para el derecho (Velásquez Posada, 2009, p.146).

La *mala praxis médica*³⁵ es aquella omisión por parte del médico en no brindar de manera apropiada los servicios médicos y que aparece como consecuencia un perjuicio sobre el paciente, por falta de promover beneficencia y salud, por lo que puede darse por una conducta de abstención (ej.: examen clínico incompleto) o por efectuar una conducta prohibida por la ley del arte (Velásquez Posada, 2009).

Otros autores prefieren definirla como la responsabilidad que deriva de la vulneración de la *lex artis*; es decir, lo contrario ella, y que se traduce a una mala praxis médica que tiene sus efectos nocivos en el paciente (Vicandi, 2017, p. 45-46), pero puede manifestarse en varios matices, desde un acto de quirófano hasta la omisión informativa, aunque este último no se considere como un «acto médico» en sí, pero se introduce toda aquella conducta que vulnera la ley del arte médico por lo que puede ser considerada una mala práctica médica (p. 54).

También se habla de «culpa médica», y no de una mera culpa, ya que mientras mayor sea el conocimiento y pericia exigida en una actividad, superior es el deber de actuar con cuidado. Siendo así, el concepto pretende equiparar la diligencia a un punto técnico científico que supera los parámetros normales de atribución o reproche de conducta.

Esta culpa debe demostrarse en el ejercicio de la atención profesional médica, en la que se debe apreciar la intervención del galeno con origen en una negligencia³⁶ que permita exigir compensación (Elizari Urtasun, 2012).

³⁵ Este concepto deriva de los Estados Unidos dadas las crecientes situaciones en la que no se atendía correctamente al paciente: «*medical malpractice*» (cfr. *case Stratton v. Swanlond decided in 1374*, considerado el antecedente original de este tema).

³⁶ Podríamos conceptualizar la culpa médica como una negligencia, falta de idoneidad o impericia, ausencia de precaución o imprudencia, o el actuar sin diligencia que frustra el cumplimiento de una obligación profesional médica, sin mediar, necesariamente, intención del galeno.

Por otra parte, la doctrina anota opiniones ambivalentes puesto que un grupo se ciñe a que la culpa médica no se puede achacar o asemejar a la del hombre común, prudente o diligente sino al buen profesional, mientras que otros opinan que esta culpa nada tiene de distinto con las exigencias ordinarias³⁷.

En cuanto a la culpa médica, se tiene que en términos generales la culpa del deudor consiste en la falta de diligencia que exija la naturaleza de la obligación que corresponda a las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar al tenor del artículo 989 del C.C. panameño. Dicha norma establece que

³⁷ Entre estas corrientes podemos mencionar Vásquez Ferreyra (2000, p.315), Altavilla (1999, p.358), que asemejan la exigencia a una preparación técnica del individuo. Vásquez Ferreyra, anota que no se habla de culpa profesional como algo distinto de la culpa en general, sin embargo, refiere a un sujeto abstracto común en el ámbito profesional sin descartar modelos extremos que perjudiquen o beneficien a los profesionales del arte de curar. Anunziato (2001, p. 160) agrega que la culpa es calificada por el grado de confianza que se le tiene al médico, una especial relación que debe exigir una culpa calificada, cooperación con el buen profesional, inclinando su teoría a que el hombre médico posee conocimientos o aptitudes superiores a un grado común, y a su vez exige estudiar su entorno y a su paciente, en donde la menor torpeza puede ocasionar el deterioro de la salud y hasta la pérdida de vida del paciente, incompatible de actitudes superficiales. Parra Sepúlveda (2014, p.110 y 111) nos comenta sobre: una especial culpa médica que exige criterios rigurosos para responsabilizar al galeno, que desde el punto de vista técnico y de la ciencia, la culpa del especialista no puede ser semejante a la culpa corriente, y considera que el médico solo debe responder por culpa lata o grave; ya que, cierto es que el médico debe tener la libertad de obrar con una acusada dosis de personalismo no susceptible de ser captada. Acota también que exigir más diligencia acarrea consecuencias negativas en la curación, se abstendría de realizar cualquier acción con ánimo de curar, intervenciones quirúrgicas, recomendar tratamientos, sería objeto de constantes reclamos por los pacientes, atados entonces a una profesión subordinante al actuar judicial excesivo sin que esto signifique una justificación para que el profesional de la salud goce de un tratamiento privilegiado por el sólo hecho de su condición. Actualmente, la corriente que se maneja podría ser algo ecléctica, donde la responsabilidad es total del médico, resucitado por medio de una culpa común, pero, que debe ser calificada según las condiciones y particularidades en el que se analiza, como sugiere el artículo 988 del C.C.

Consideramos que la culpa médica no es una culpa profesional que tiene reglas distintas a la culpa común, máxime cuando en nuestro país no existen criterios legales estrictos para definir la culpa médica, siendo lo habitual utilizar las normas contenidas en el C.C. para categorizar la culpa del galeno, cuando en otrora solamente se le reprochaba por conductas graves por estimarse como cuasi infalibles. Ahora bien, a manera de reflexión se postula que, si bien no existe una diferencia notable entre la culpa médica y la culpa común, no se puede aislar y evadir la idea que esta actividad profesional se ubica en un sujeto medio abstracto que goza de una profesión certificada, la médica. De allí en adelante debe ser juzgado como tal, siempre y cuando se encuentre en el ejercicio de sus funciones profesionales y aplicar entonces los parámetros corrientes de culpa.

cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la correspondiente a la de un buen padre de familia.

Ahora bien, es clara la redacción de la norma citada, y a nuestro criterio, no se puede exigir la diligencia de un buen padre de familia corriente, si se toma en cuenta «circunstancias de cada persona, tiempo y lugar», ya que se está ante una relación especial entre el médico y el paciente, un mundo profesional en el que existen categorías de médicos especialistas y circunstancia fácticas que rodean el evento técnico.

Esto da lugar a hacer remembranza a las clases de maestría del profesor Timpson en el 2015, a quien se le escuchó decir que debe exigirse la conducta de un excelente padre de familia (*optimus pater familias*) en materia médica; es decir, la máxima o suma diligencia de un individuo, que no permite margen de vacilación en el empleo de sus labores o gestiones.

Claro, hablando del médico (no hombre común), esto se traduce a la exigencia media del conocedor de una materia técnica, cuya formación y experiencia debe ser la regular según su especialidad. Se trata de un profesional idóneo que conoce sus deberes y del cual se espera seriedad, destreza, cumplimiento de los protocolos, responsabilidad y respeto por los derechos e intereses del paciente que pone en sus manos la vida misma.

Por tal motivo, se resume este debate en la siguiente cita que intenta evitar una discusión con base en la razón de la máxima exigencia de un hombre medio o la diligencia media de un hombre profesional: «La excelencia técnica y las pericias clínicas son aspectos claves del profesionalismo médico, pero no son más importantes que las cualidades cruciales de integridad, honestidad, respeto, compasión, honor y altruismo» (Ornelas, 2013, p. 15).

Cabe aclarar que la responsabilidad médica no es una responsabilidad objetiva, y esto, aunque así parezca o así se quiera impulsar, es una actividad en la que coinciden tantos elementos aleatorios, tantos factores que pueden variar, por lo que siempre será necesario exigir por mínima o leve que sea el factor culpa por parte del médico.

En ese mismo orden de ideas, es preciso mencionar que otra cosa es que la culpa en materia médica llega a ser más o menos presunta, dado que no resulta necesario demostrar con absoluta certeza la culpa del galeno, por lo que se presume su culpabilidad en aras de no dejar indemnes a los pacientes, (salvo que el experto pruebe lo contrario), dado a la difícil y desequilibrada tarea del paciente en comprobar en un campo de la ciencia en la que es visitante³⁸.

Efectivamente, esta presunción de culpa puede operar cuando las partes han pactado resultados que no se logran cumplir, en el que pesa la carga de probar a quien asumió el compromiso. En materia extracontractual se puede citar que la presunción descansa en la *Lex artis*, en la estadística de resultados comunes, los procedimientos habituales en el proceso de salud, o invasión del cuerpo del paciente, tomando como referencia las reglas del arte como máxima del deber de no dañar a los demás injustamente.

Hoy en día la culpa queda probada en la medida que se pruebe que se ocasionó un daño que no podría desplegarse sin el elemento subjetivo de participación del profesional en donde «la cosas hablan por sí solas» (*rep ipso loquitor*), permitiendo que se considere una culpa predecible por los altos

³⁸ La presunción de la culpa del galeno se aplica como una ficción inmediata, a fin de que el galeno evalúe su propia conducta desplegada en el desempeño de su profesión, y si tiene como contraprobar dicha aseveración estará en su deber y derecho de hacerlo a fin de colaborar con la verdad de los hechos. La presunción de culpa opera de manera excepcional y en materia probatoria el profesional de la medicina debe probar que actuó diligentemente, invirtiendo la carga de la prueba para que tenga la oportunidad de extinguir el vínculo causal, algo adverso al artículo 1100 del Código Civil y el 784 del Código Judicial, que en resumidas cuentas versa sobre el deber de la parte interesada de probar su pretensión, para ser absuelto de culpa.

indicios que nacen de la lógica desembocando en el actuar médico y siendo de vital importancia la actividad contraprobatoria ante la carencia de la prueba directa.

Este último aspecto se subsume a la ambigüedad de una culpa probada y la culpa presunta en beneficio del paciente, y el Juez partirá de la premisa de que existe culpa del facultativo en base a la experiencia, registros estadísticos y lo empírico, según cada caso; pero, no se prescinde del factor subjetivo ya que se exige al demandante que pruebe todo lo que esté a su alcance, lo cual no es propio de los sistemas objetivos que se apoyan en presunciones de responsabilidad.

Sin ánimos de ser excesivos en información, el médico deberá en todo caso ser analizado en base a las circunstancias de tiempo y lugar, si existía curación, los hábitos de la medicina al momento de los hechos, las advertencias del médico, las posibilidades de curar, entre otros aspectos, para luego así determinar su culpa³⁹.

Sin perder el hilo, parece que un concepto se centra en la práctica médica, una intolerancia de ser utilizada de manera incorrecta a través de actos médicos que vulneren la *Lex artis* como objeto: la mala praxis; y otra, que se concentra en el nivel psicológico y abstracto del agente por medio de la cual despliega su conducta de negativa diligencia: la culpa médica; ambos que por separado y/o en conjunto generan responsabilidad civil médica.

³⁹ En cuanto a los factores de atribución de responsabilidad en materia médica, se tiene que, sin duda, en la mayoría de los casos la responsabilidad emerge de una causa por culpa; pero, sin la verdadera intención de ocasionarlo, por lo que la jurisprudencia panameña excepcionalmente registra delitos dolosos cometidos por los médicos (Guerra Villalaz, 2017, p.158).

En ese sentido, no resulta suficiente definir el factor de atribución (culpa) en la responsabilidad médica, sino también describir los matices en los que se manifiestan los actos reprochables al médico.

5.3.1. Impericia médica o falta de *aggiornamento*

Seguidamente se encuentra la impericia, que no es más que la falta experiencia, habilidad, conocimiento, la capacidad profesional para resolver un determinado caso médico. Refiere a la falta de aptitudes por parte del galeno para proceder de acuerdo a las exigencias de la profesión, y puede darse en cualquier momento y en sus diferentes actividades (terapia, cirugía, error en diagnóstico, etc.). Igualmente cuando el médico omite la derivación del paciente a un especialista u otros médicos con mayor experticia y destreza en la materia a tratar, o la aplicación de anestesia en dosis excesivas o en áreas irreparables⁴⁰.

Desde un enfoque abarcador se puede sospechar que la impericia médica también supone la falta de actualización del galeno, dado que ostentar una especialidad no supone la ausencia de «*ponerse al día*» y renovar el conocimiento dependiente de la ciencia evolutiva. En tal sentido, si la actividad deriva de alguna falta de actualización periódica, también se denominara como

⁴⁰ En recurso de casación presentado por Pedro Ríos Mendoza en el Proceso Ordinario de Mayor Cuantía que le sigue María Victoria García. Corte Suprema de Justicia, Sala Primera de lo Civil, 27 de marzo de 2015, bajo la ponencia del Magistrado Oydén Ortega Durán, se rescata la condena en abstracto en favor de la paciente María Victoria García Nivar. Se hace mención a pruebas periciales que arrojan claramente que la culpa del médico no es tan importante en si hubo un diagnóstico inexacto de la patología de la señora García, sino se hace vital énfasis en que el galeno actuó más allá de sus conocimientos practicando una cirugía para la que no estaba entrenado, adicional a que colocó implantes mamarios a la paciente que luego debieron ser removidos, produciendo incapacidad definitiva por 153 días a la paciente, lo que produjo la opinión del médico Santos Molina Herrera, respecto a la necesidad de un cirujano plástico para la colocación de este tipo de prótesis cuyo adiestramiento es de cuatro años de experiencia en este tipo de cirugías.

impericia, toda vez que normas Internacionales sobre la salud y de ética médica suponen el principio universal de *aggiornamento*⁴¹ constante del facultativo.

5.3.2. Negligencia médica u omisión inexcusable

Otra definición muy concurrida es la negligencia médica, que debe incidir necesariamente en la omisión o abstención de aplicar diligencia en el acto médico, lo que en palabras sencillas se traduce a la falta de atención del galeno, «menos de lo requerido por las normas de su profesión», absteniéndose de hacer un acto que es su deber y produciendo así, un daño en el paciente por no tomar las debidas precauciones y diligencias.

Ejemplo de ello puede ser no cumplir con el procedimiento de consultar el expediente del paciente, causándole la muerte por una alergia que padece a ciertos medicamentos; abandonar al paciente en medio proceso terapéutico sin causa justificable; no dar correcto seguimiento en el postratamiento o la mera carencia de atención, alta prematura, etc.

⁴¹ *L'aggiornamento professionale*, es un concepto que ha cobrado alta importancia internacionalmente en materia médica desde su aplicación en Italia, supone la obligación anual de educación continua en medicina a fin de garantizar el mantenimiento de la prestación adecuada con orígenes legales en el Decreto Legislativo No.81 de 2008 de dicho país. Requiere que el médico tenga una vigilancia sanitaria que tome en cuenta las «*considerazione gli indirizzi scientifici più avanzati*» (las directrices científicas más avanzadas). Este Decreto Legislativo, en su artículo 38, párrafo 3, señala que para el desempeño de los deberes de un médico competente es necesario participar en el programa de educación continua, dado que se requiere a los médicos de Italia una elevada actualización, para así clasificarlo como médico competente; este ciclo de actualización es cada tres años y de manera obligatoria, cuyo efecto inmediato es la publicación de una lista nacional de «*médicos competentes*».

5.3.3. Imprudencia o temeridad inexcusable

De tal modo, la imprudencia médica consiste en aquellas acciones que despliega el facultativo temerariamente; en otras palabras, de manera brutal, tosca, arriesgada, precipitada, inadecuada, peligrosa. Para algunos se traduce a «hacer más de lo debido» tomando en cuenta el ámbito profesional, y, por lo general, debe tratarse de una acción objetivamente previsible, puesto que son acciones que en la esfera médica no son comunes de adoptar⁴².

Por ejemplo, el caso de la muerte de neonatos por la utilización de medicamentos sin indicación, instrumentos médicos dentro del paciente luego de una operación, la falta de verificación de presencia de SIDA/VIH en la sangre que será objeto de transfusión o falta de esterilización de instrumentos.

Este supuesto es considerado también como exceso de confianza del profesional, por lo que incurre en falta de previsión y precaución en su oficio. De igual manera, se habla de una «temeridad inexcusable» lo que supone sin duda una de las formas de culpa, del íntimo subjetivo del agente.

Salta como interrogante sí es posible actuar con temeridad sin la intención de dañar. Al respecto la temeridad no recae en el efecto sino más bien en la causa, puesto que el hecho evaluado como temerario es la génesis de los hechos, la imprudencia, la exposición excesiva a un riesgo o peligro innecesario, sin importar el resultado aleatorio de su actuar.

⁴² De vital importancia resulta aclarar que este término es confundido con el de *iatrogenia*, debido a que en ambos se habla de procedimientos arriesgados y en ambos existe la posibilidad de desenlaces nada felices. Cabe aclarar que la vital diferencia entre ambos conceptos descansa en que la iatrogenia presume métodos científicos aprobados por la *Lex artis ad-hoc*; mientras que, la imprudencia es una decisión más o menos individual del médico, experimental, manifestando su voluntad mediante actos alejados de métodos tradicionales, persiguiendo resultados que son más o menos previsibles y por ende imprudentes.

5.3.4. Inobservancia de la Ley, reglamentos o regulaciones

Los llamados deberes secundarios del médico, entre ellos se anotan: el secreto y reserva de la salud del paciente, documentar el historial clínico, no informar al paciente, o la necesidad de requerir su consentimiento para realizar determinado acto, los cuales están contemplados en leyes, decretos y en lo particular de la *Lex artis ad-hoc*, sin perjuicio de que los mismos tengan incidencia en los llamados deberes primarios del médico, estos son asistencia y objetivo profesional de curación y mejoría del paciente (Chacón, 2003).

Valencia (1997) dirige este tipo de emanación de la culpa como el aspecto deontológico de la actividad médica, la ética y la moral de la práctica profesional, ocasionada por el desinterés de su trabajo, al servicio social, desembocando en un acto llevado a cabo con culpa.

A tener en cuenta que cuando se habla de inobservancia de la Ley, reglamentos, o regulaciones no necesariamente debe tratarse del derecho positivo, ya que la sola conducta del profesional debe estar enmarcada por las exigencias o normas (no escritas) de su arte, incluyendo así normas, protocolos, guías, notas complementarias, actualizaciones científicas, opiniones y la aceptación de la sociedad médica.

Analógicamente, el 26 de abril año 2016 la Sala Tercera de la Contencioso Administrativo y Casación Laboral, bajo la ponencia del Magistrado Abel Zamorano, al referirse a la existencia de la conducta culposa o negligencia y su nexo causal con el daño en materia médica, caso Samuel Núñez en contra del Patronato del Hospital Santo Tomás (Estado Panameño), hizo referencia a la culpa médica como algo más que la observancia de la Ley o de la *Lex artis*. Rescató la relación médico-paciente que debe ser objeto de la función profesional como otro punto determinante de la culpa médica, veamos:

«Bajo este aspecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1644 del Código Civil la conducta generadora del daño antijurídico requiere de la culpa o negligencia; esto es, que el sujeto con su actuar o con la omisión, viole deberes preexistentes, máxime de los deberes especiales que en una situación en concreto establece el ordenamiento jurídico (...).

Ya en materia de responsabilidad médica la culpa se refiere a la violación de los deberes objetivos definidos no sólo en el ordenamiento jurídico y en la lex artis, que se exige al personal médico, dependiendo de su especialidad, requiere entonces de un comportamiento en relación con unas determinadas condiciones del paciente». (El subrayado es nuestro).

Siendo así, la conducta del galeno debe adaptarse también a cada caso particular. El paciente, además de recibir conductas adecuadas del médico u otros profesionales de la medicina, merece que las mismas sean cónsonas con su padecimiento que exclusivamente se obtiene de una adecuada investigación personalizada como parte de las regulaciones implícitas.

5.3.5. El error médico y la iatrogenia

Repasado los diferentes supuestos de mala praxis médica: culpa, negligencia, impericia, imprudencia y la inobservancia de las regulaciones, tenemos que las mismas son susceptibles de ser reclamables judicialmente; es decir, reprochables. De ahí que es preciso aclarar que error médico⁴³ e iatrogenia son conceptos distintos. El error médico supone una equivocación,

⁴³ En la doctrina médica se encuentra una serie de sinónimos para referirnos al error médico, entre ellos: reacciones adversas, eventos adversos, eventos centinela, consecuencias no intencionales, eventos desfavorables, resultados no terapéuticos y errores de planeamiento, específicamente cuando se refiere al error en el diagnóstico. Así también, se encuentran referencias respecto al hecho inesperado, dado que el efecto no se relaciona con la historia natural de la enfermedad. Todos estos conceptos alcanzan su valor cuando se tiene certeza del momento en que el resultado no esperado pudo ser evitado.

desacierto, yerro o desatino por el médico, lo cual no puede ser advertido por el facultativo, puesto que se encuentra en estado de ignorancia⁴⁴. Es común en el campo de la medicina que el error médico sea producto de una equivocación total o parcial del diagnóstico, por lo general en casos que son muy difíciles de detectar la enfermedad como un evento inseparable del ejercicio de la medicina⁴⁵.

En lo que respecta a la iatrogenia, este evento supone el daño que se obtiene por la utilización de un medicamento, una cirugía o procedimiento médico que el galeno aplica de manera correcta y con criterio justo, razonable y aceptable, pero su resultado no es positivo y no produce el efecto esperado, pudiendo inclusive agravar la situación del enfermo, siendo en ocasiones de su conocimiento (previsible o imprevisible), por lo que puede darse el caso que la familia sea advertida no sólo de las ventajas sino también de los riesgos a tomar de una intervención médica, aunque este concepto no deja de ser foco de discusión respecto a la falta de experiencia y práctica en los procesos médicos adoptados como: rupturas de traqueales, neumotórax iatrógeno, tuberculosis atípica⁴⁶.

⁴⁴ No todo evento puede alegarse como error médico, como bien anota el médico literario Bertrand Parra (s/f), la evaluación de la existencia o no del error médico es una de las tareas más demandantes en el campo médico ya que dicha situación se hace merecedora de la opinión de expertos altamente calificados que cuenten con experiencia clínica permanente y actualizada, reconocidos por el Consejo de su Especialidad y de reconocida probidad en su medio.

⁴⁵ En definitiva, el error médico se trata de un error humano que no puede ser determinado por la mera previsibilidad; sin embargo, no dudamos que muchos casos de errores médicos parten de la raíz de la mala comunicación e investigación de la salud del paciente, o con las enfermeras y auxiliares quienes tienen mayor contacto con el doliente.

⁴⁶ Este acto se lleva a cabo en una acción netamente profesional, pero el resultado es indeseado, situación que lo convierte en acto inimputable al galeno; dado que, no deriva de la voluntad del galeno, o más bien, no existe culpa alguna ya que persiguió la finalidad curativa que entraña riesgos inseparables que no pueden ser evitados, aunque sean previsibles.

Cabe destacar que iatrogenia deriva del griego *latros* que quiere decir médico y *ganneá* que refiere a origen. Se estima que es cualquier estado del paciente producido por el médico, el riesgo de la actividad, ya sea benéfica, inocua o perjudicial, aunque es común observar la aplicación de esta palabra para referirse a los efectos negativos en el paciente⁴⁷.

Chuck Sepúlveda (2015, p. 105-107), en una obra netamente médica, hace referencia a la definición adoptada por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) como: «*determinadas consecuencias del comportamiento médico*» y sigue diciendo que la misma puede ser positiva o negativa para el paciente:

«La posibilidad de infligir daño es inherente a la práctica de la medicina; en realidad, en cada una de las acciones el médico tiene un efecto bueno y uno malo. Por ejemplo, la extirpación radical de un tumor maligno puede salvar la vida del enfermo, pero también causa mutilación y discapacidad. Asimismo, todos los fármacos tienen efectos adversos. Esta duplicidad de efectos se regula éticamente bajo el «principio de doble efecto». Según este principio, es lícito realizar una acción de la que se derivan dos efectos, uno bueno y uno malo, pero en el que el primero debe ser proporcionado (...).»

Abresú (2006, p.64) se refiere a la afectación iatrogénica como aquella que: «consiste en un daño fruto de un acontecimiento imprevisto que, a pesar de tener relación de causalidad con un acto médico, no participa del elemento culposos». Lo ubica como un suceso imprevisto que no siempre ocurre.

⁴⁷ Hay quienes utilizan este concepto para referir a cualquier daño que se ocasiona al paciente, incluso con negligencia, impericia, prudencia, inobservancia dado a su origen griego: «*iatros*» que se traduce a médico y «*génesis*» crear. Al respecto consideramos que la idea negativa y errada comentada de la iatrogenia debe ser asumida por la definición «iatropatogenia» que deriva de las acciones imprudentes, precipitadas, irracionales o por falta de exploración y descuido en el procedimiento quirúrgico.

El error médico y la iatrogenia suponen una simbología de hermanos vástagos de los antes mencionados (cfr. pts. 5.3.1., 5.3.2., 5.3.3., 5.3.4), pero no reconocidos por su supuesto padre, la culpa, puesto que se tiene duda que sea el biológico, ya que también se tiene al propio riesgo de la profesión.

Esta pequeña metáfora introduce al lector a una idea fluctuante de no confundir estos conceptos⁴⁸, puesto que: «(...) se ha hecho referencia a la no responsabilidad profesional del médico, cuando obra de buena fe, aquí su *praxis* no es punible, en tanto que la medicina no es una ciencia exacta y, por lo tanto, quienes la ejercen, se exponen a la comisión de errores y a enfrentarse a los riesgos que le son inherentes» (Ornelas, 2013, p. 17).

Para Ataz López (citado por Anónimo), la culpa médica no es más que una culpa común acaecida en un acto médico, y debe ser distinguida del error médico, que no da lugar a responsabilidad civil, en cuanto no es imputable a quien lo padece.

Estos dos conceptos, error médico e iatrogenia, fomentan el ejercicio del juzgador en dilucidar si es un hecho que se trata de yerros médicos o de riesgos del propio arte de curar; o bien, acoger el nivel de negligencia, ignorancia, e impericia en cada caso. Esto es así, porque en los primeros no debe existir ausencia del método científico aplicado, por ej.: se diagnostica una enfermedad equivocada, pero de similares síntomas, (error médico común).

⁴⁸ En medicina se manejan conceptos diferentes del error médico, lo cual puede resultar confuso para el jurista. Se habla del error médico que dimana de la situación de salud del paciente como una enfermedad de poca frecuencia, manifestaciones atípicas, paralelismo sintomático, pero hasta aquí no contradecimos los conceptos descritos; pero por otra parte, se habla de un error médico que involucra al centro de salud, como por ejemplo: insuficiencia de recursos o desorganización en la administración, los cuales a la luz del derecho suponen responsabilidad del centro médico. Existe un tercer eslabón que se refiere a los problemas de salud del profesional al momento de asistir al enfermo: agotamiento, experiencia, falta de sueño, los cuales no liberan al médico de su responsabilidad al tener el deber de manifestar su estado de salud a fin de no causar un mal mayor al ya convaleciente.

El error o iatrogenia siempre debe estar secundada por la persecución de la salud del paciente, luego de verificar si el acto médico era necesario o no, que no se trate de un experimento y como anota Blas (2003): se debe indagar si se repitieron los análisis, solicitado tantas veces como lo estime preciso para alcanzar un resultado cierto.

Por otro lado, la jurisprudencia parece aturullar estos conceptos («error médico» y «iatrogenia»), como sinónimos. Cuando esto ocurre, se considera que quieren expresar que de todo error médico podría tener un efecto iatrogénico; es decir, un daño que puede producirse al paciente o a familiares de forma involuntaria como parte del riesgo que contempla la profesión divorciado de cualquier vertiente de culpa, aunque un error médico puede ser detectado a tiempo y de tal modo se evade la necesidad argumentar iatrogenia.

En efecto, no es deseado por ninguna de las partes, por lo que generalmente contempla la incriminación jurídica. Este hecho escapa de la posibilidad de ser evitado por los medios convencionales de la medicina. Se puede decir que la iatrogenia es el riesgo de la profesión y generalmente se divide en aleatoria⁴⁹, predecible⁵⁰ o medicamentosa⁵¹.

Aura Émerita Guerra de Villalaz cita una referencia (cfr. 2017, p.136 - 139), la cual, si bien supone materia de lo penal, rescata un valioso ejemplo que explica el error médico y la iatrogenia como fenómeno científico y cuya repercusión sugiere disminuir los efectos legales que normalmente pesan en

⁴⁹ Es aquella inesperada como una complicación poco probable de proceso inflamatorio intra-abdominal, luego de la extirpación de un apéndice, lo cual supone un riesgo secundario y que no siempre recae específicamente sobre el órgano operado.

⁵⁰ Es el riesgo-beneficio evaluado por el médico, frecuente en una operación de corazón abierto o una quimioterapia de cáncer, que puede o no ser exitosa.

⁵¹ Es el efecto secundario de un medicamento de manera inesperada que recae sobre una persona en particular.

cabeza del médico. Se trata de las sumarias en averiguación, supuesto delito contra la vida y la integridad personal, supuesto homicidio culposo por parte de S.K.H.W. en perjuicio de J.D.H.

Inicia con la denuncia presentada contra el galeno S.K.H.W., el 16 de agosto de 2007. El señor J.D.H. de 68 años de edad acudió al Hospital Arnulfo Arias Madrid, por un progresivo aumento en la dificultad de respirar (disnea), examinado por la Doctora J.A., con diagnóstico: «deficiencia cardiaca congestiva».

Posteriormente fue atendido por el Doctor E.L., quien diagnosticó «hipertensión arterial». Seguidamente, el paciente es admitido el 17 de agosto de 2007 a la sala de neumología con diagnóstico de «tuberculosis pulmonar» con nota de la Doctora A.P., residente, quedando a cargo de la responsabilidad del paciente por parte del Doctor V.M.P.C., recibiendo antibióticos para normalizar la hipertensión, diuréticos y anticoagulantes, se procedió con exámenes de sangre, etc.

Poco tiempo después, el 21 de agosto de 2007, la salud del paciente se deterioró y se encontraba en «shock hipovolémico» por excretar líquidos mayormente a causa del diurético. El 24 de agosto el médico P.C. se percata que el diagnóstico de tuberculosis estaba errado y solicita urgente ayuda al servicio de cardiología, pero el cardiólogo de turno no acudió.

Luego, el 26 de agosto se introdujo un catéter en la vena subclavia para tener mejor acceso al suministro de medicamentos por vía endovenosa, realizado por la médico residente A.P., durante la operación se perforó la pleura, a fin de lograr la entrada del oxígeno en la cavidad torácica (neumotórax), lo que posteriormente ocasionó la obstrucción de gran cantidad de alvéolos pulmonares, produciéndose un paro respiratorio, conectándose entonces un ventilador automático para restituir la operación hasta el 30 de agosto de 2007

que se declaró muerto por un acto iatrogénico.

Lo importante de este caso, es que culminó con un sobreseimiento provisional objetivo e impersonal, dado que se rescataron argumentos que hacían referencias a la iatrogenia, con bases en el informe pericial del médico H.M.C. quien sostuvo lo siguiente:

« (...) la iatrogenia propiamente dicha es inimputable porque no media ni culpa, ni dolo profesional. Esa eventualidad que se presenta es atribuible al paciente, partiendo del fundamento que se tomaron todos los recaudos posibles para evitar el mal y este se produce, lo que la diferencia con la mala práctica médica, es un riesgo profesional propio de todo actuar humano quien no es infalible por lo imprevisto o inesperado de su ocurrencia.»

En conclusión, se tiene que el error médico lleva una alta consecuencia; pero, en caso de que se verifique el cumplimiento de los protocolos, la *lex artis*, como el caso en particular, en el que se resalta la ausencia de imprudencia, negligencia, ni una absurda equivocación en contraste con los síntomas que el paciente reflejó, el diagnóstico errado se encontraba dentro de las posibilidades de la ciencia. A su vez se manifestó una ignorancia científica en el procedimiento de observación por lo que se declaró como un mero error diagnóstico.

No obstante lo anterior, llama la atención la multiplicidad de médicos que atendieron al hoy difunto, lo cual a nuestro parecer, pudo incidir en la inestabilidad de la salud del paciente y en los múltiples tratamientos aplicables, situación que es parte de la realidad de los centros de salud actualmente.

5.3.6. Concurrencia de culpas

De manera general, la concurrencia de culpas es un supuesto especial en el que la producción de un resultado perjudicial se debe a la culpa no solo del agente, sino también al aporte, participación o intervención del yerro de otras personas, lo cual debe producir la minimización de la responsabilidad del inculpaado de origen. En otras palabras, la conducta del agente recibe una colaboración de otro ente que por razón particular colabora con al fruto negativo e incide en la cuota de responsabilidad de los involucrados.

Como lo denomina Altavilla (1999): «cuotas de eficiencia causal», ya que existe una participación plural en la producción del daño, situación que puede darse excepcionalmente en temas de salud, siempre que se acredite «culpa».

Este tópico puede ubicarse también con la, no muy feliz, denominación de «compensación de culpas», ya que las culpas no podrían ser compensadas (por tratarse de efectos negativos). A continuación, los casos más comunes en materia de salud.

5.3.6.1. El paciente

La culpa no solo recae en cabeza de otros galenos o asistentes de la medicina, sino también en el propio paciente que omite el cumplimiento terapéutico, buena fe, recomendaciones, información de su estado de salud, etc., colaborando a la ocurrencia del daño o su agravio. Esto es más frecuente cuando el doliente oculta la realidad o contribuye a que la misma no pueda ser descubierta, siendo uno de los factores determinantes para desembocar en el daño, contribuyendo en la razón de inobservancia del galeno.

5.3.6.2. El cuerpo médico

También se incluye la posibilidad de concurrencia de culpa del cuerpo o equipo médico, conformado por todas aquellas personas que intervienen para realizar determinado tratamiento clínico o una intervención quirúrgica correcta (cirujano, médico ayudante, anestesiólogo, enfermera jefa, instrumentador, auxiliares del quirófano, etc.) (Achával 1992, p. 31-37).

Cabe aclarar que aun cuando existan dos médicos principales, siempre existe un director o jefe del equipo médico, y aunque los otros sean denominados dependientes de este, cada uno tiene una función trascendental y casi independiente⁵².

5.3.6.3. El centro médico

De igual manera están los entes intermedios: los centros de salud, hospitales, clínicas, el Ministerio de Salud, las autoridades médicas, etc., quienes no se preocuparon por la provisión o regulación de sistemas adecuados

⁵² El autor argentino Achával plantea muy atinadamente estos supuestos de responsabilidad del equipo médico:

- a. En términos generales, el jefe del equipo médico es responsable por el daño causado por uno de los miembros de su equipo, sea en la esfera contractual o extracontractual. El jefe de equipo se sumará a responder indirectamente a la responsabilidad de quien causó el daño, responsable directamente en caso que este puede ser individualizado.
- b. Si el agente del daño no puede ser individualizado, el jefe del equipo responderá directamente.
- c. Los miembros del equipo que poseen autonomía científica dentro del equipo, pueden incurrir singularmente en responsabilidad directa. (ej.: anestesiólogo).
- d. Cuando varios médicos atienden conjuntamente a un paciente, sin formar un equipo, y no puede individualizarse al causante del daño, habrá responsabilidad colectiva. (cabe la posibilidad que cada miembro del grupo pueda eximirse de responsabilidad mediante prueba en contrario).

de asistencia, cuidado, vigilancia y control, suficientes insumos, medicamentos, equipos, personal capacitado y demás para optimizar la práctica médica, etc.

El centro médico es el lugar, ámbito espacial, donde el médico desarrolla su labor profesional y la medicina cumple sus fines para cuidar la salud del hombre, por ello debe contar con todo lo necesario⁵³.

La obligación de los centros se funda sobre una obligación de garantía con la conducta de los dependientes, subordinados o sustitutos en la ejecución de la prestación, existiendo además una obligación de seguridad implícita en el objeto del contrato, y que consiste en el deber de proporcionar al paciente asistencia médica por medio de los profesionales que allí laboran, respondiendo por la imprudencia o falta de diligencia que el caso requiera.

⁵³ Ahora bien, existen casos en que el paciente por su cuenta contrata el hospital y los demás servicios paramédicos, alimentación, provisión de medicamentos, etc. En estos casos:

- a. El contrato es independiente del servicio médico.
- b. La clínica es considerada un tercero, la voluntad de la clínica no ha sido tomada en cuenta para elegir al médico que presta el servicio.
- c. El médico no es parte del personal de planta o equipo médico, por lo que se descarta el deber de garantía o seguridad.
- d. No existe en la ley y en la doctrina un factor de atribución que pueda justificar que el centro garantice la conducta del médico.
- e. No existe pago de honorarios por medio del centro respecto al médico.

No obstante, si bien los centros no responden en estos supuestos, no podemos omitir que si lo hará por los errores de conducta de sus agentes, dependientes o auxiliares, por los daños ocasionados en sus servicios de estancia y demás.

El centro asume deberes con el contrato de hospitalización cuando por medio de negligencia crea efectos dañosos: negativa de admisión del paciente sin impedimento injustificado, perjuicios que deriven del alta prematura⁵⁴, vigilancia inadecuada, falta de mantenimiento del equipo instrumental, error en la dosis o de los medicamentos indicados por el galeno.

5.4. Relación entre la conducta del médico y el daño

Primeramente, al referirse al nexo de causalidad como teoría remitimos al pto. 5.3. del cap. II, toda vez que al adentrarnos en la materia de responsabilidad civil médica se demanda su dominio.

A ello se agrega que el nexo de causalidad se traduce a la búsqueda de un hecho, circunstancia o comportamiento que en principio es desconocido, pero en materia médica, como se verá más adelante, es posible vincular al galeno con la mera virtualidad de explicar la producción de un efecto conocido.

⁵⁴ Nuestro derecho ha reconocido responsabilidad civil consecuencia del alta prematura, en donde la responsabilidad se compartió con el Estado como Centro Médico de manera subsidiaria. Como referencia recomendamos la lectura del caso «Demanda Contenciosos Administrativa de Indemnización, interpuesta por el Licenciado Mariano de Jesús Castillo J., en representación de Cecilia Sanjur de Castillo, para que se condene a la Caja de Seguro Social (Al Estado Panameño)» al pago de B/. 500,000.00, en concepto de daños y perjuicios materiales y morales causado por la omisión de prestación del servicio Médico, Ponente: Víctor L. Benavides P., Resolución de 13 de mayo de 2015. **Antecedente:** El Dr. Franklin R. Aizpurúa C. fue acusado de omisión de prestar la debida atención médica a la señora Valeska Orieta Castillo Sanjur (q.e.p.d), quien falleció luego de estar hospitalizada en el Centro Regional de la Caja de Seguro Social Dr. Rafael Hernández (David) cuatro horas después de ordenar su salida del centro hospitalario, dado que el 19 de marzo de 2005 fue víctima de una accidente de tránsito e intervenida quirúrgicamente por el citado médico, (condenado previamente por ocho meses de prisión e inhabilito por igual término del ejercicio de la medicina en base a los hechos aludidos). **Conclusión:** se condenó al Estado Panameño a indemnizar a la señora Cecilia Sanjur de Castillo (madre) y Paola Patricia Patiño Castillo (hija) por los daños y perjuicios materiales (condena en abstracto) y morales (50,000.00 a la hija bajo el trámite de la jurisdicción de familia y 75,000.00 a la madre).

De dicho caso se rescatan otros aspectos curiosos para cuantificar el daño, como el análisis de las pruebas de declaración de renta, información de mortalidad femenina suministrada por la Secretaría de la Contraloría General de la República para calcular la expectativa de vida, ingresos mensuales para el cálculo de daños; responsabilidad civil derivada del delito; daño moral a familiares con proximidad de primer grado de consanguinidad (madre e hija) y su «*stress post traumático*».

El nexo es esencial para requerir el deber de reparar al médico como consecuencia de su actividad profesional. Para ello se considerarán hechos previos como: el estado de salud del convaleciente antes de entrar al quirófano, edad, patologías hereditaria, complicaciones en marcha, sexo, intervenciones quirúrgicas previas, condiciones preexistentes ocultas, entre otros factores que aportan a la ocurrencia de hechos que no se pueden impedir o anticipar; puesto que, se debe tener muy claro que el daño a resarcir debe ser consecuencia de la conducta del galeno, que puede emanar tanto de una omisión (abstenerse de la atención médica) como de una acción, siendo indispensable probar que la intervención médica mucho o todo tiene que ver el resultado daño⁵⁵.

De la misma manera se determina que la verificación de un hecho que dimana de la ciencia no resulta nada sencillo. En materia médica existe la posibilidad que la representación técnica del galeno atribuya el origen del detrimento a hechos precedentes, cualidades del paciente, en el que el profesional goza de una ventaja técnica por ser conocedor de la ciencia.

Es por ello que se incluyen conceptos de «cargas dinámicas de las pruebas», los registros que por naturaleza debe llevar durante su gestión, y la «*faute virtuelle*» introducida por la doctrina francesa conocido como: «culpa virtual»⁵⁶ (regla *res ipsa loquitur*) (la cosa habla por sí misma), que descansa en

⁵⁵ Ante el evento de enfermedades o lesiones preexistentes contribuyentes al agravio resulta, importante determinar porción o prima atribuible al médico. Esta inquietud logró desarrollar la teoría de la pérdida de oportunidad cuando existe aleas de incertidumbre.

⁵⁶ El caso Rodaniche y la familia Terán (2000) recoge por primera vez este concepto en materia médica en Panamá, apoyándose en las opiniones del jurista colombiano Javier Tamayo Jaramillo, ante las dificultades para establecer y demostrar la culpabilidad o la actuación deficiente de los profesionales de la medicina, con el propósito de facilitar a los actores la labor de acreditar la culpa del galeno de manera excepcional y por medio de indicios, en el que la sola intervención negligente del médico ha de ser la causa del daño.

Se puntualiza entonces, que la culpa virtual no es una culpa presunta que intenta obviar la actividad probatoria del accionante, sino dilucidar la culpa por medio de indicios, por medio de la comprobación de hechos, sucesos y circunstancias que rodean el acaecimiento del daño y los cuales probaran los indicios de la culpa médica, o como se cita « (...) por lo que la comprobación del daño hace presumir que hubo culpa (RICARDO DE ANGEL YÁGUEZ, obra citada, pág. 71)». Esto adicional a parámetros de lógica, el

la evidencia que permite deducir la negligencia del galeno como consecuencia de un daño que no se produciría comúnmente sin el ejercicio negligente del médico, en otras palabras, del acto médico se infiere el daño.

Estos conceptos de la doctrina, sobre todo francesa, enfocan sus esfuerzos en descubrir una mala praxis médica, compensando las desigualdades procesales a razón de la experticia y tecnicismo de estos casos.

Como ejemplo de lo anterior, en vez de amputar la mano derecha se amputa la izquierda, un daño altamente absurdo y negligente; se opera un paciente de las cataratas sin importar que sufra de glaucoma, ocasionándole la pérdida total de la visión (Valencia, 1997); o simplemente procedimientos evidentemente incompletos en la intervención del galeno, etc., en el que el médico debe acreditar su correcta diligencia y ruptura del nexo causal a razón de su cuidado, esmero, interés y dedicación.

La búsqueda del nexo causal en materia de salud es escudriñar si el hecho médico causó daño al paciente como efecto mediato o inmediato; pero, debe ser ese hecho el origen y no las predisposiciones físicas del doliente, lo cual puede resultar sumamente difícil (Díez Picazo, 1999) de comprobar con la excesiva práctica desmedida del comercio médico, en el que intervienen varios galenos, resultando sumamente inexplicable dar con el hecho gravitacional.

Se reitera el grado de dificultad de este tema, ya que en la búsqueda de la causa médica que produjo el daño al paciente se involucran opiniones periciales y técnicas que regularmente no concluyen de manera unánime.

normal devenir de los sucesos, la secuencia normal de la actividad y la causa adecuada sin aplicar resultados evidentemente remotos o alejados.

Ahora bien, por ejemplo: un caso judicial en el cual la representación técnica de la víctima tiene la ardua tarea de probar la relación de causalidad a pesar de contar con un vasto coctel de medios de prueba que prevé el Código Judicial (cfr. art. 780), en el que debe verificarse si existen cambios anormales en la humanidad del paciente, el empleo de la diligencia debida y la consideración de la salud preexistente del paciente (Valencia, 1997, p. 199). En ese sentido, en materia médica, el demandante debe probar causa y efecto, pero se observan premisas elementales sobre el nexo causal una vez que se prueba la existencia del daño:

1. El galeno debe probar por medio de la inversión de la prueba que sus hechos fueron ejecutados con diligencia y su actuar no es causa de dichos efectos negativos⁵⁷.

⁵⁷ En materia general, la carga de la prueba queda en cabeza del paciente o de sus familiares y tradicionalmente no se admitían excepciones al respecto, pero la intervención de la doctrina y la jurisprudencia extranjera han propiciado la inclusión de la «carga de las pruebas dinámicas» en materia médica, cuyo fundamento es invertir la carga de la prueba de la culpa a los médicos, debiendo demostrar su actuar en el marco de las normas legales y sociales, aplicación que se adopta de manera excepcional, toda vez que el facultativo se encuentra en mejores condiciones para acreditar determinados hechos. En medicina es común observar la aplicación de este concepto debido a la especificidad de la profesión científica y el difícil acceso del paciente a la información del galeno y su falta de pericia para analizar la misma. Es por eso que el juez puede considerar los conceptos de «carga probatoria dinámica» y «presunciones probatorias» tomando en cuenta la mejor situación y facilidad, facultad del juez que propicia la obtención de la justicia y la verdad, alejándose de patrones rígidos y estrictos. Su aplicación descansa en una pauta general del derecho: «la buena fe», por medio de la asistencia y apoyo, siendo que el demandado coincide en ser el más aventajado para aportar elementos de persuasión y certeza al proceso, esto no quiere decir que la prueba corresponde al demandado, sino que la prueba es «dinámica», en manos del demandado o el actor desplazándose según cada caso.

Según Jorge Fábrega Ponce (2001) en su obra «Medios de Prueba» se le atribuye a Julio Chiappini la divulgación de la teoría de la carga de pruebas dinámicas. El jurista resalta que es labor de quien se encuentre en posición aventajada de producir los elementos de convicción, alejados de sus propias pretensiones y aproximados a la acreditación de los hechos tal y como sucedieron.

Como también titula Arbesú (2006) «La teoría de la facilidad y disponibilidad probatoria» tiene alta preponderancia en materia médica ya que la carga de la prueba de la culpa resulta diabólica para el paciente (demandante) que no dispone de la experiencia y los datos médicos necesarios, en especial de la historia clínica, flexibilizándose las normas sobre la prueba para exigir la aportación de evidencias claves. En ese sentido, es insoslayable hacer mención al análisis de Parra Sepúlveda (2014) cuando señala que los problemas probatorios de la culpa en materia sanitaria y a los que se enfrente la víctima son diversos, entre

2. El paciente debe demostrar, al menos que la intervención del galeno tenía altas posibilidades de detener el nexo causal.

los que menciona: a) La asimetría en el manejo de información y de conocimiento técnicos entre médico y paciente; b) Monopolio de la producción y disposición de los medios probatorios por el médico; c) Actitud no colaborativa de los médicos en la aportación de las pruebas; d) imposibilidad de acceso por parte del paciente a ciertos medios probatorios que están dentro del exclusivo ámbito de control del médico. Cabe destacar que esta teoría es mayormente desarrollada por la doctrina, y su aplicación está reducida a casos muy puntuales. Por su parte, existen países que intentan desarrollar su aplicación por medio del derecho positivo, tal es el caso de España, que denota en su Artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley No. 1 del 7 de enero de 2000, con la introducción del numeral 5 mediante la Ley No. 13 de 3 de noviembre de 2009, ciertos criterios que atrapan esta solución: « (...) Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio». También está el caso de Argentina, como se puede observar en el Código Procesal de la Provincia de la Pampa del 12 de marzo de 1999 que en su artículo 360, parte final, reza así: «Artículo 360. (...) Sin perjuicio de ello, tendrá la carga de probar los hechos, aquel que, por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de arrimar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de los mismos». En cuanto al derecho panameño, por ejemplo, es totalmente admisible solicitar el historial clínico al médico aunque el mismo obre en su contra, cuando no se haya aportado por el denunciante y que por razones obvias reposan en manos del demandado, pero actualmente los demandantes ensayan el aseguramiento de prueba a fin de evitar alteraciones. Similar situación es frecuente en materia laboral.

Aunque esto supone adentrarnos a temas ajenos; es decir, al derecho procesal y al derecho probatorio, no está de más recordar que el destinatario de la prueba es el juez; en ella se deben acreditar los hechos alegados y a su vez convencerlo de lo que realmente sucedió. Además, la carga de la prueba tiene su sustento en las facultades del juez en solicitar pruebas adicionales (de mejor proveer) en aquellos casos en el que existen temas oscuros y dudosos, privando la escasez de convencimiento de los hechos facticos vertidos, siempre y cuando las mismas se refieran a los hechos discutidos en el proceso. Otro de los panoramas que sirven de sustento para esta actividad es el Artículo 906 del Código Judicial, el cual, aunque de manera ambigua reconoce que el juez puede solicitar el apoyo de la parte para aclarar situaciones dudosas, (aunque limitada a su practicada por medio de declaración de parte y no otro medio probatorio): «Cuando el juez estime que la prueba que existe en el proceso no sea suficiente o sea contradictoria o que la explicación de las partes pueda aclarar cuestiones dudosas o que dicha explicación sea de importancia en el proceso, debe decretar de oficio y practicar el interrogatorio personal de las partes. Podrá hacerlo también cuando lo juzgue necesario o conveniente para aclarar las afirmaciones de las partes».

No obstante todo lo anterior, la finalidad de tocar este tema es que el lector tenga muy presente sobre la existencia de esta posibilidad de desplazamiento y dinámica de la prueba en materia médica.

Como se anota, la relación de causalidad en materia médica cuestiona la aplicación del *onus probandi* que como regla general debe recaer en cabeza de la víctima; empero, aquí operan algunas excepciones que no tienen intención de minimizar el esfuerzo probatorio de la víctima, sino aproximarse al concepto de justicia y equidad por medio de la percepción de hechos fácticos, muchas veces en manos del galeno.

Sin perjuicio de lo anterior, de la mano de Parra Sepúlveda (2014) se citan algunas teorías aceptadas por la doctrina y con tendencias a demostrar la prueba del nexo causal del galeno, atenuando o matizando la comprobación de su certeza, muy razonablemente, aplicados en Francia, Alemania, países de aplicación *Common Law* y poco a poco España⁵⁸ para aquellos casos imposibles de acreditar una perfecta «causalidad adecuada».

5.4.1. Las presunciones para establecer el nexo causal⁵⁹

No resulta una idea descabellada estimar que la responsabilidad médica fuera deducida por las presunciones del juez, teoría que se sitúa como una discusión sin fin por la doctrina.

⁵⁸ Las teorías desarrolladas no atribuyen responsabilidad a consecuencias remotas que no verifican el hecho ilícito como parte del nexo adecuado de causalidad, sino que buscan matizar la exigencia de 100% de certeza, y así no frustrar una justa indemnización. Esto se logra mediante el empleo de una causalidad adecuada que inclina la balanza en favor del paciente y que el médico debe destruir demostrando diligencia y apego al protocolo.

⁵⁹ Cabe destacar que nuestro rígido sistema positivo, en su artículo 785 del Código Judicial, exige que «las presunciones establecidas por la Ley sustancial sólo serán admitidas cuando los hechos en que se fundan estén debidamente acreditados». De ahí dos obstáculos a rebatir, el primero de ellos es que la presunción debe ser fijada por la ley, y el segundo, no tan difícil, es probar el hecho por la cual se invoca la presunción, en este caso el daño. Siendo así, resultaría posible deducir un hecho de otro según la convicción del juez con base a la existencia de datos lógicos al momento de dictar sentencia.

Con el afán de ser críticos en esta obra, si bien existen opiniones a favor y en contra, con relación a que en materia médica no es posible aplicar presunciones en el nexa, se puede afirmar que en materia de culpa médica (observar la culpa virtual) salta a la vista causas evidentes que no requieren de alta pericia para apuntar a la negligente intervención del galeno, sin precisar con certeza o exactitud el evento merecedor de la causa.

En estos casos, aunque de una forma algo arriesgada, cabe la posibilidad de ceñirnos a fuertes presunciones ante daños evidentes, en el que sólo la intervención médica podría ocasionar los detrimentos analizados (en cada caso), corresponde al facultativo la labor de divorciar los elementos del nexa causal (acto médico y daño).

Ya en el 2010, la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, al resolver el recurso de casación incoado por las Doctoras Martina De López y Geneva González dentro del Proceso Ordinario interpuesto por Juana Márquez De Lake contra el Hospital América de Panamá, S.A., Hna. Panamá, S.A., Cía. Internacional de Seguros, S.A., Martina De López y Geeiva González⁶⁰, tiene sus antecedentes en una intervención médica originaria (por otro facultativo) con la finalidad de remover gasas dejadas por las galenas tratantes en el sistema reproductivo de la paciente-demandante.

⁶⁰ Resolución del 2 de agosto de 2010, ponente: Harley Mitchell, Corte Suprema de Justicia, Sala Primera de lo Civil. **Antecedentes:** La sentencia que se pretendía impugnar, emitida el 23 de octubre de 2006 por el Primer Tribunal Superior condenó a las facultativas junto con El Hospital América de Panamá, S.A. a pagar solidariamente a la demandante la suma de diez mil balboas (B/.10,000.00) en concepto de indemnización por el daño moral ocasionado, más costas y eximiendo de responsabilidad a los demás demandados, dado que se consideró el actuar negligente de las demandadas que participaron en la operación practicada a la señora Márquez de Lake. En segunda instancia no se reconocieron los daños materiales por no ser debidamente probados e impugnados por la representación que recurre en casación. **Conclusión:** Esta Sentencia no fue casada.

Las médicos-demandadas afirmaron brindar toda la atención a la paciente, cuidados y recomendaciones médicas pertinentes, y adicionalmente «no se utilizó yodo-formado, sino dos rollitos de gasa de algodón en forma de tapón», afirmando que no es el procedimiento medico usual aplicado, y de tal modo pretendían concluir que no existió tal negligencia médica, solicitando la sana crítica como sistema de apreciación de las pruebas del expediente.

Al respecto, la Sala Primera de lo Civil, quizás sin la plena convicción de estar aplicando la teoría en estudio, rescata elementos de la misma cuando cita lo siguiente:

«La sentencia de segunda instancia no ahondó en si la gasa era yodo formada o se trataba de dos rollitos de algodón en forma de tapón. Lo que para esta configuró la negligencia fue el hecho comprobado de que dentro del organismo de la paciente había un cuerpo extraño que fue utilizado en una intervención quirúrgica anterior, y que no tenía justificación médica de estar allí. Por si fuera poco, reiteramos que aproximadamente un mes después, otro médico tuvo que remover nuevamente un cuerpo extraño de sus partes íntimas, que fue dejado allí, según indica la lógica, por los médicos tratantes de su primigenia intervención quirúrgica. Dicho razonamiento para este Tribunal de Casación no tiene falla.

(...)

No se tiene pues, la información detallada, concisa y cierta de los términos y condiciones de la operación, lo que es indispensable en tratos médicos. Además, la sentencia recurrida también estimó que las pruebas demostraban que las gasas debían ser retiradas posterior a la operación consentida al no existir sangrado, lo que evidentemente no sucedió, y este hecho tampoco lo rebate la censura a través de sus motivos.

El hecho que parece sugerir la censura en sus motivos, de que la gasa encontrada en la paciente no fue la misma que las médicos tratantes utilizaron, no parece adecuada puesto que el Dr. ÁNGEL DÍAZ MARMOLEJO señaló en su testimonio la localidad en la que encontró la segunda gasa extraída, a saber, a nivel del fondo del saco vaginal posterior (que es el tercio superior de la vagina) (fs.130), y que tuvo que extraer con la ayuda de instrumentos médicos. Nuevamente, es la lógica la que nos indica como es poco probable que haya sido la misma la que se haya introducido una gasa en esa región para paliar algún dolor o molestia y no lo haya manifestado al doctor al realizarle la visita que además no era rutinaria.» (El subrayado es nuestro).

Se tiene que, como se vinieron dando los acontecimientos, se llevó al Juez a una razonable relación causal bajo el prisma de las presunciones, en el que no se requería una pericia calificada para deducir que la dolencia cierta causada por las gasas solo podría venir de un acto médico.

Así, el alegato de debatir el tipo de gasas utilizado regularmente por las facultativas no deshace el vínculo causal; puesto que, este no fue tema de discusión, y ante tal negligencia, es de ínfima relevancia determinar que hayan errado en las gasas que usualmente utilizan, si ya cometieron la barbaridad de dejarlas dentro de la paciente, pasando a ser entonces ya un mero detalle que tampoco destruye el nexo causal ideado por la reflexión razonable del juez.

El Juez atinadamente prohíja el razonamiento anterior, dado que no puede existir otro hecho que la mera falta de diligencia, «gasas en el interior de la paciente», y menos lógico pensar que fuera la propia paciente quien ocasionó dicha inserción por su propia cuenta. Penosamente solo se reconoció daños morales por una parca actividad probatoria por parte del procurador acusador y las artimañas del derecho adjetivo.

Siendo críticos, en el presente caso no se detalló las condiciones ciertas y precisas de la operación, si bien se sabe que fue durante una cirugía no se tiene con exactitud el momento en que se introdujo las gasas en la paciente, creando incertidumbres que solo pueden abordarse con presunciones.

5.4.2. La causalidad virtual

No se debe perder de vista que estas excepciones se aplican en función de la responsabilidad médica en el que desborda la difícil tarea que tiene la víctima en probar en estos temas altamente técnicos y científicos. En este apartado es claro anotar que cuando se habla de nexo virtual o causalidad virtual (*causalité virtuelle*), no se refiere a la culpa virtual.

La causalidad virtual es una de las innovaciones del derecho francés. Esta teoría pretende ser aplicada únicamente en beneficio de la víctima para probar el actuar del agente y alivianar su tarea; pero, sin librar a la víctima de su gestión, ya que debe persistir en acreditar los daños de los cuales no se explica su producción.

Al respecto rescata Parra Sepúlveda (2014) que la causalidad virtual se aplica precisamente cuando no es posible establecer un nexo de causalidad entre el acto médico y el daño del ya doliente. Este aporte doctrinario permite «facilitar la carga probatoria que pesa sobre el demandante con base en una causalidad virtual que en ciertos supuestos le permitirá al Juez presumir que el facultativo causó al paciente un daño abstracto del que debe responder» (p. 267).

Se habla de abstracto, ya que esta teoría tiene todo sentido en base a la aplicación de la indemnización integral. Si se analiza a profundidad si el daño no se encuentra tangible, pero de seguro se proyectará, o aquellos que están en

pleno desarrollo al momento de iniciar la controversia.

Concretamente, se puede citar la pérdida de oportunidad que tiene el paciente en curarse o en sobrevivir según estudios estadísticos de dichos eventos y la experiencia técnica, en los cuales se elimina o disminuye las posibilidades positivas que tenía el paciente de sanar. Es decir, el vínculo de un acto médico con un daño fluctuante en el espacio que compete al médico responder por él.

5.4.3. El daño desproporcionado

Aquí solo se tiene prueba de un daño desproporcionado⁶¹, acudiendo al escenario como un auxiliar para obrar en beneficio probatorio del paciente; esto se debe a que, a pesar que no cabe duda de que el evento que causó daño nace del actuar médico, no se tiene precisión del hecho determinante para el resultado perjudicial. Ahora bien, al momento de aplicar o entender esta teoría se debe tener en cuenta factores como la reacción del organismo de manera impredecible, entre otros aspectos como los normales riesgos de toda operación y la iatrogenia.

No obstante, lo que denota la eficacia de esta doctrina es que existe una asimetría, desigualdad, desproporción evidente en el que no cabe alguna duda de que el médico no actuó como debía, u omitió su deber de actuar (Elizari Urtasun, 2012). En otros términos, no podría suscitarse un daño tan anormal,

⁶¹ Esta teoría tiene sus primeros registros en Francia, *Cour de Cassation* francesa, que por medio de sentencia de 28 de junio de 1960, tras la radio dermatitis sufrida por un paciente, consecuencia de la radiación de rayos X cuyas puertas no estaban debidamente cerradas. El Tribunal Supremo de España se suma a su aplicación en 1960, en el que se crea una deducción de negligencia. Cabe destacar que por medio de sentencia de 30 de abril de 2007, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la madre patria puntualiza que la existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí la existencia de la responsabilidad del facultativo, sino la exigencia de una explicación coherente por parte de la defensa respecto a la actividad médica y el daño causado (desproporcionado).

inusual, incompatible sin la intromisión médica que omite el procedimiento cotidiano y diligente, siendo labor del convaleciente probar el daño que ha sufrido y convencer al juez que el mismo es inexplicable en el desarrollo y correcto empleo de la *Lex artis*, más que una relación de causalidad, aunque sea muy probable que no pueda demostrar el evento en el que se dio el ilícito: error en el diagnóstico, cirugía, tratamiento, etc.

Como ejemplo, se cita el caso de una mujer de 37 años en Medellín, Colombia, quien ingresa al quirófano a fin de realizarse una operación estética de lipoescultura y a su vez prótesis mamaria en horas de la madrugada, siendo dada de alta antes del amanecer. A las 5:40 a.m. regresa al centro hospitalario en ambulancia con una auxiliar y el médico cirujano; al llegar fue imposible reanimarla ante la ausencia de signos vitales, presumiblemente, antes de su llegada.

Seguidamente, ante la noticia nefasta de la muerte de la paciente, el concejal del Hospital adujo que estas intervenciones no suelen darse en horas de la madrugada y la paciente llegó en ambulancia, sin sirenas y con una enfermera y el médico cirujano que procedió de manera irregular.

En este caso no tan hipotético, dado que ocurrió en 2017, se resaltan dos eventos esenciales, primero que existe un daño altamente desproporcionado, dado que es totalmente anormal, desastroso e irregular que una cirugía de implantes mamarios y lipoescultura cause la muerte; por otro lado, la certeza de que existieron irregularidades en la intervención de la paciente en el quirófano, por medio de un procedimiento irregular adoptado, sin poder precisar a la fecha el nexo de causalidad (preciso y puntual) del acto médico ilícito «*per se*» y el daño anormal, pero, no se tiene duda alguna que fue producto de la intervención

estética⁶².

El resultado arroja la necesidad de que el galeno dé una explicación real, congruente, racional o por lo menos que demuestre su correcto proceder, situación que es probable que no ocurra, ya que el resultado escapa de la lógica⁶³.

5.4.4. La probabilidad

Se está ante otro de los matices de la exigencia de certeza del nexo causal viables ante su incertidumbre; pero, que debe ser inclinada no a probarse por parte del paciente, sino por parte del médico quien en principio tiene mayores herramientas para ello.

Yágüez (en Parra Sepúlveda 2014, p. 273) destaca que: «los denominados criterios de probabilidad estarían conformados por un conjunto de reglas de umbral de probabilidad conforme a las causales se impone el eventual causante de un daño la obligación de reparar los totales perjuicios sufridos por la víctima si la probabilidad de que los hubiera causado excede un umbral determinado».

⁶² Una vez probado el daño desproporcionado el médico debe acreditar que el mismo ha sido extraño a su actuación, panorama que debe involucrar la acción procesal probatoria del galeno en cuanto al procedimiento que ha sido adoptado concordante con los parámetros fijados por la *Lex artis* según el caso. La balanza debe inclinarse, hasta que se demuestre lo contrario, a una actuación de descuido y la no aplicación de técnicas apropiadas.

⁶³ Respecto esta teoría goza de una serie de características, entre ellas que el daño debe ser realmente desproporcionado; sin embargo, se debe evitar caer en la ambigüedad de comparar el daño desmesurado con la gravedad, alcance y/o repercusión del mismo. Dicho resultado debe estar precedido por un acto médico que inevitablemente tenga la posibilidad de cruzarse en el camino de la sede del daño (parte afectada del cuerpo). Su hecho desproporcionado nos da inferir que se requiere una previa tipicidad o constancia en el tipo de proceder sanitario que arroja resultados comunes y muy distintos al menoscabo que sufre la víctima. A pesar de tratarse de un tema de difícil comprobación de culpa, el doliente o sus familiares tienen la responsabilidad de acreditar el daño, su anomalía y atipicidad, de tal modo, podría aventajarse en aplicarse esta teoría en la casi imposible practicidad de demostrar el nexo de causalidad.

Este umbral vendría a ser suficiente como elemento de convicción o persuasión, existiendo entonces, mayores probabilidades de que el hecho analizado ocasione este daño a que no lo cause.

6. Consentimiento informado

Otro subtema que deviene de la responsabilidad médica, y que sin duda es generador de responsabilidad civil, en especial sobre daños por pérdida de oportunidades, es la falta de consentimiento informado, que no es más que « (...) la autorización que da el enfermo al galeno para que efectúe el acto médico, ya sea un tratamiento o una intervención quirúrgica» (Yepes Restrepo, 1992, p.88).

Otros autores son algo más precisos cuando anotan que el consentimiento informado debe entenderse «como la manifestación del paciente de aceptar o no un determinado procedimiento, previo el conocimiento del médico del diagnóstico, los procedimientos para el tratamiento de la enfermedad y las posibles implicaciones derivadas del manejo, e incluso las consecuencias en el evento de no ser intervenido» (Chacón, 2003, p. 138 y139).

Se considera que el consentimiento informado es aquél momento, posterior a las evaluaciones pertinentes, en el que el galeno informa al paciente de sus dolencias y le indica todo lo relacionado al tratamiento a seguir, las alternativas, los riesgos en caso de proceder y las consecuencias de no optar por las terapias, todo esto en un lenguaje simple para que el paciente decida libre y voluntariamente someterse o no a lo indicado, siempre en beneficio de su salud.

Este es un tema altamente abordado por la doctrina, toda vez que de ella se generan una serie de consecuencias altamente vinculantes para la actividad médica (Yungano et. Al, 1992), y es que el Código Civil atribuye a la voluntad un

papel preponderante en el derecho privado, en la realización del acto jurídico y en la celebración del contrato, pero cede cuando por razones de orden público así lo exige, tal es el caso de la salud individual.

Ahora bien, es viable dejar claro que una cosa es el derecho a la información que tiene el paciente, y otra el consentimiento que presta posteriormente. Por tanto, se estima que la información es un derecho que no debe interpretarse únicamente como la razón o sugerencia para obtener el consentimiento del convaleciente.

En Panamá se establece la obligación de obtener y respetar la voluntad del paciente como señala la Ley No. 68 de 2003: «Que regula los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información y de decisión libre e informada» (reglamentada por medio del Decreto Ejecutivo No. 1458 de 6 de noviembre de 2012), que en sus artículos 7 y 8 establece que: «Corresponde al médico responsable del paciente garantizar el cumplimiento del derecho a la información», y que «El titular del derecho a la información es el paciente. Las personas vinculadas a él deberán ser informadas en la medida en que aquel lo permita expresa o tácitamente», respectivamente.

No obstante, en cuanto al consentimiento, la Ley *ut supra citatum* lo aborda en su artículo 6:

«Artículo 6. La información, que debe formar parte de todas las actuaciones asistenciales, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, será verídica y debe darse de manera comprensible y adecuada a las necesidades y los requerimientos del paciente para ayudarlo a tomar decisiones de manera autónoma y teniendo en cuenta el nivel intelectual, emocional y cultural de (sic) paciente.» (El subrayado es nuestro).

De ello se infiere que el derecho a la información es independiente del tratamiento o intervención del consentimiento. La información de la afectación debe ser conocida por el paciente, aun cuando no exista cura, tratamiento, o cirugía que aplicar; es un derecho que no debe interpretarse únicamente como la razón o sugerencia para obtener el consentimiento del convaleciente.

6.1. Breve evolución histórica

El consentimiento del paciente en épocas previas era un tema secundario, dado que se advertía al paciente con pocos datos de su dolencia, sugiriendo el tratamiento a aplicar sin que el paciente comprendiera el verdadero diagnóstico de su enfermedad. Se dice, inclusive, que en materia de cirugías los facultativos procedían a los mismos sin el consentimiento previo del paciente, aun cuando fuera indispensable para su cooperación, toda vez que, entre otras cosas, las anestесias no eran tan efectivas como en nuestros días.

En tiempos medievales los médicos solicitaban al paciente firmar un documento inofensivo liberándolos de alguna responsabilidad futura con el paciente o sus familiares en el evento que algo ocurriera (Francia, Italia, Medio Oriente), documento cuya realidad de desarrollo data del siglo XIV, considerado precursor del consentimiento informado, aunque su verdadero propósito era proteger a los doctores y no a los pacientes.

Curiosamente, el concepto de consentimiento informado fue utilizado por primera vez en la novela de Edgar Allen Poe, en 1845, en el cual se solicitó la autorización del paciente para realizar una terapia experimental justo antes de su muerte.

Ya en el año de 1767, mediante el caso *Slater vs Barker & Stapleton*, en Inglaterra se determinó la responsabilidad de dos médicos por el tratamiento de una fractura sin el consentimiento del paciente (*Informed consent*). El señor Slater demandó a los doctores Baker y Stapleton por no acceder a su petición de retirarle un vendaje (otros dicen: un aparato ortopédico) colocado en su pierna fracturada, lo que luego se complicó ocasionándole daños mayores, siendo los médicos sancionados por no tomar en cuenta el requerimiento del paciente (Agón, 2017).

Se tienen datos muy remotos de una fallo en el año de 1878, de la Corte de Apelaciones de Nueva York, en el cual se estableció que no revelar los peligros derivados de un procedimiento médico se consideraba una conducta negligente del profesional, siendo esto otro fundamento para el desarrollo de la teoría; sin embargo, aún existían médicos que eran del pensamiento que el solo acercamiento del paciente al profesional de la medicina era una exteriorización para ser asistido, y que el doctor iniciaría el tratamiento que considerara viable (Castaño de Restrepo, 1997).

En suma, este concepto cobró gran vigor en los principios del siglo XX, especialmente tras el desarrollo de la anestesia y otras cirugías invasivas. En el caso *Mohr vs Williams* de 1905, por ejemplo: una mujer que estaba de acuerdo en ser operada en su oreja derecha; no obstante, durante la operación se encontró la necesidad de operar su oreja izquierda, siendo el médico demandado y condenado por este hecho, por no seguir los pasos del acuerdo preoperativo.

Otro precedente es el caso de *Schloendorff vs Society of New Hospitals* de 1914 en Estados Unidos, donde la señora *Schloendorff*, quien tenía un tumor, manifestó verbalmente al médico que no quería operarse; sin embargo, el tumor

fue extirpado, originando disgusto y reclamo por la paciente, ya que en todo momento expresó su negativa de llevar a cabo la operación.

La señora fue llevada con el pretexto de llegar a un diagnóstico en el que se debía efectuar un examen invasivo, logrando la aceptación por parte de la paciente; pero, es llevada a cirugía y, en vez de efectuar un examen, es intervenida quirúrgicamente extrayéndose el fibroma de su sector abdominal, lo que posteriormente desarrolló una gangrena en el miembro superior izquierdo y termina con la amputación de algunos dedos. En dicho caso, la Corte de Apelaciones de Nueva York, bajo la ponencia del juez Benjamín Cardozo, en abril de 1914 consideró lo siguiente: «Todo ser humano tiene el derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo, por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento del paciente, comete una agresión por lo que se pueden reclamar legalmente por los daños».

La figura del consentimiento informado cobra fuerza en la década de 1940, como respuesta a los experimentos inhumanos y degradantes que se realizaban a privados de libertad en los campos de concentración nazi, lo que provocó que el Tribunal de Nuremberg (Alemania), dejará expuesto la necesidad del consentimiento informado en la investigación biomédica, por lo que en 1947 se proclamó el «Código de Nuremberg», que en su primer artículo dice así:

«El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona involucrada debe tener capacidad legal para dar su consentimiento; debe estar situada de tal forma que le permite ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier otro elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o algún otro factor posterior para obligarlo a coacer, y debe tener el suficiente conocimiento y comprensión de los elementos para permitirle una decisión correcta.»

El primer registro que se tiene de la aplicación del término «consentimiento informado» en materia médico-legal, según nuestras investigaciones, fue en caso *Salgo vs Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, (1957), por la Corte de apelaciones del Estado de California (Agón, 2017, cfr. p.37), en donde un enfermo de arteriosclerosis, al que se le practicó una artrografía traslumbrar sin su consentimiento, quedó con una parálisis permanente. La judicatura rescató lo siguiente: «Los médicos violan sus deberes con los pacientes y se exponen a demandas si se ocultan hechos que son necesarios para formar la base de un consentimiento informado inteligente por el paciente respecto al tratamiento propuesto».

En nuestra patria, según Muad (1997, p. 16), el Artículo 31 del Código de Ética de la Asociación Médica Nacional señala respecto a la información lo siguiente: «Tanto en los casos de vida o muerte, el médico está en el deber de mantener información del estado de salud de su paciente, ya sea por escrito o por cualquier otro medio; de manera que tanto la Institución donde presta sus servicios, así como los familiares del enfermo, estén enterados».

Otras de las normas que preceptuó la información y el consentimiento del paciente (o de sus herederos o familiares) para lograr una correcta aplicación de la profesión médica es la Ley No. 52 de 12 de diciembre de 1995, relativa al trasplante de órganos, ofreciendo inclusive un listado de prelación para aquellos casos en que el paciente-donante no pueda manifestar su consentimiento (cfr. arts. 10, 25, 26 y otros).

De similar contenido es el Artículo 19 de la Ley No. 3 de 8 de noviembre de 2010 «General de trasplantes de componentes anatómicos», que derogó la aludida.

6.2. Consideraciones relevantes

El galeno tiene la obligación de informar al paciente, no obstante ello: «El médico debe advertir al paciente de los riesgos típicos; pero sin detallar una lista exagerada de todos los riesgos posibles, ya que el enfermo nunca se sometería a la intervención y si lo hiciera esto le conllevaría una carga psicológica contraproducente» (Yepes Restrepo, 1992 p. 91).

La aplaudible obra de María Patricia Castaño de Restrepo (1997 p.195-196), «El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica», sugiere que la forma más elemental de clasificar dichos riesgos es la siguiente: riesgos previstos de común ocurrencia y riesgos previstos de escasa ocurrencia. Los primeros, son aquellos normalmente previsibles de acuerdo con la experiencia habitual de la prestación de los servicios de la salud, los datos estadísticos, las investigaciones y la literatura científica. Son precisamente esta clase de riesgos, los que debe revelar el profesional en forma simple, clara y prudente, teniendo en cuenta el estado moral y psicológico del paciente, el grado de requerimiento del procedimiento; en fin, las demás limitaciones que lo rodean.

Al tratarse de consecuencias típicas, se recuerda que dentro de las mismas existen aquellas que son trágicas, y que muchas veces son asumidas por el paciente, «El paciente al aceptar, accede también a los riesgos de la intervención o los del tratamientos, y con ello, a la posibilidad a veces nada remota de un fracaso» (Ataz López en Yepes Restrepo, 1992., pág. 93).

Por otro lado, la doctrina discute si el médico tiene la obligación de explicar al paciente la naturaleza de su dolencia, y más, cuando esta es grave, a fin de obtener su autorización. La mayoría se pronuncia afirmativamente, con la excepción de los casos en que sea de esperarse reacciones desfavorables por parte del paciente y que dificulte el proceso curativo (cfr. art. 10 Ley No. 68 de 2003).

No obstante, en Panamá, así como en los demás países de la región se contemplan normas que fundamentan el derecho a la información del paciente; y es ella misma quien puede solicitar no ser informada; en nuestro caso la parte final artículo 5 de la Ley No. 68 de 2003 precisa que: «No obstante, es necesario respetar la voluntad explícita de una persona a no ser informada y a que no se transmita la información de su estado de salud o enfermedad a las personas a él vinculadas por razones familiares o de hecho, ni a terceras personas».

Cuando se habla del consentimiento del paciente, éste debe ser consciente y voluntariamente prestado, sin error o engaño, anuente de los riesgos y consecuencias de la intervención médica; no obstante, con esto no se justifica la impericia, negligencia, ni imprudencia del médico que de dicha actividad sobrevenga.

No se debe soslayar la idea de que el paciente se encuentra ante una posición de inferioridad científica que no le permita elaborar su consentimiento plenamente al momento de la asunción del riesgo. Por tanto, el consentimiento informado de ninguna manera puede ser interpretado como sinónimo del conocimiento técnico en medicina, y simplemente se requiere cierto nivel de discernimiento, el cual puede verificarse con las reglas comunes del derecho civil de la pubertad y capacidad para obligarse, etc.

Es necesario mencionar, que aun cuando pareciera un tema de segundo plano, es importante que el paciente suministre al galeno toda la información que sea indispensable para lograr su curación y/o no se agrave su estado de salud, y su condición física (padecimientos anteriores, cirugías previas, anunciar los médicos que lo han tratado y si existe historial clínico en archivos de ellos, medicamentos previamente recetados, patologías familiares, etc.).

6.3. Excepción del consentimiento

Entre las excepciones a la regla de comunicar al convaleciente, en las que básicamente no es posible obtener el consentimiento del paciente o de los familiares, también se presentan las explicadas en el artículo 18 de la Ley No. 68 de 2003. En cualquiera de los casos es vital que cada una de estas excepciones conste en el historial clínico. A continuación, se enuncian las siguientes:

- **El estado de inconsciencia del paciente:** en los casos que el paciente no tiene capacidad de voluntad, no está lucido o no existen parientes cercanos al momento que se requiere la intervención, ya que de lo contrario fallecerá, esto se considera « (...) un estado de emergencia donde no es posible obtener el consentimiento y el médico actúa en evidente estado de necesidad y constituye causa de justificación para los efectos de responsabilidad y, en consecuencia, el hecho no es punible» (Valencia, 1997) (cfr. art. 11 de la Ley No. 68 de 2003).
- **La minoría de edad:** son los padres los depositarios de la voluntad de sus hijos a través del derecho de patria potestad que estos ostentan; al menos que el menor llegue a las instalaciones por su cuenta o sea huérfano. La minoría de edad impide que el mismo tenga una objetiva decisión de ser intervenido, por lo que se considera que el médico debe actuar si es vital e inmediatamente necesario.
- **Caso de urgencia:** ocurre cuando lo que se había diagnosticado es más grave de lo que se creía, por lo que es indispensable una intervención, y la premura es tanta que el paciente seguramente podría perder la vida o complicarse.
- **Riesgo a la salud pública:** el paciente posee una enfermedad que debe ser tratada de inmediato y evitar una epidemia o hechos incontrolables.

- **El paciente expresamente manifestó su voluntad de no ser informado.**

6.4. Facultados para otorgar consentimiento en ausencia de la voluntad del enfermo

El artículo 19 de la Ley No. 68 de 2003 destaca la prelación en la toma de decisiones de la intervención médica del afectado:

- Cuando el enfermo no sea capaz de tomar decisiones por su estado físico o psíquico que no le permite hacer cargo de la situación, este recaerá sobre las personas vinculadas al paciente por relaciones familiares o de hecho: cónyuge; en su defecto, hijos mayores de edad; en su defecto, los familiares de grado próximo y dentro del mismo grado al de mayor de edad.
- En los casos de incapacidad legal (menores de edad e incapaces mentales) será quien ejerza la tutela o curatela.

7. Eximentes de responsabilidad

Una vez asumida la comprensión del tema de la responsabilidad médica, asumir que se trata de una responsabilidad generalmente de medio que no garantiza el resultado, reconocer la noción de iatrogenia como la consecuencia del acto médico, las diferentes reacciones impredecibles que puede tomar los diferentes organismos vivos, el concepto de conducta antijurídica, nexo causal, entre otros conceptos del rigor de la materia, es dado a manifestar que la forma común de exonerarse de la responsabilidad médica ocurre cuando el galeno comprueba que actuó apegado a la diligencia, cuidado de la salud del paciente y a la *Lex artis ad hoc*.

Sin embargo, en aquellos casos en que existen presunciones de responsabilidad o que podría considerarse una obligación de resultado para desvincular al médico deberá demostrar alguno de los siguientes supuestos:

- **Caso fortuito:** comúnmente conocido como hecho de la naturaleza (inundación, terremoto, etc.). De la mano de Yepes (1994, p. 141), se obtiene que «el médico nunca es responsable por los riesgos atípicos porque estos son ubicables en la hipótesis del caso fortuito por ser totalmente imprevisibles y ajenos a la acción del galeno»⁶⁴.
- **Fuerza mayor:** tradicionalmente entendido como el hecho del hombre que es imprevisible de conocer su resultado o de conocerlo es irresistibles⁶⁵
- **Culpa exclusiva de la víctima:** cuando el reclamante directo (el paciente) es la propia persona que produce el daño. En casos médicos es muy probable que la exoneración no sea total (ej.: no seguir el tratamiento prescrito por el médico).
- **Hecho de un tercero:** es cuando una persona diferente al médico o el paciente genera el daño.

⁶⁴ Afirmación que no compartimos como viene expuesto. En primer lugar, el caso fortuito debe ser asimilado como un acto de la naturaleza; en segundo lugar, si bien la enfermedad podría asemejarse a un hecho de la naturaleza, no cabe duda de que existió la intervención del hombre médico, quien posiblemente ha asumido su deber a sabiendas del concepto de «iatrogenia» como efecto de la intervención médica.

⁶⁵ Nuestra Jurisprudencia Nacional, en el caso Xiomara R. de Rovira y otros interpuesto por la familia Malek Valladares (2000) referente al caso fortuito como causa extraña, la misma solamente opera cuando no es en lo absoluto imputable al agente, en el caso de suscitarse un hecho imprevistos e inevitables, por ejemplo: el galeno no procede a suspender la cirugía, aportando una «culpa adicional, pero independiente del fenómeno», concepto citado por Tamayo Jaramillo (1990, p.336 y 337).

8. Un vistazo a la jurisprudencia panameña

A lo largo de este capítulo se citan varias jurisprudencias nacionales que abordan el tema de la responsabilidad civil médica, en este apartado se citan aquellas que se consideran como influyentes para robustecer la doctrina de la responsabilidad profesional médica en nuestro país. A continuación, un vistazo de los sobresaltos jurisprudenciales más notables en la materia.

Brittania Ronadiche recurre en casación en el proceso ordinario que le sigue José Manuel Terán Sitton, Gloria Cecilia Pino de Terán, en su propio nombre y en representación de su menor hija Melissa Terán Pino. Ponente: Eligio A. Salas, 25 de febrero de 2000, Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Primera de lo Civil.

Quizás este sea el caso más emblemático de responsabilidad médica en nuestro medio, puesto que afrontó diversos paradigmas sociales en cuanto a responsabilidad médica se refiere, cuando la misma apenas cobraba vigencia doctrinal y literaria.

En este caso, la doctora Brittania Rodaniche interpuso recurso extraordinario de casación por medio de sus apoderados judiciales como consecuencia de la sentencia proferida en el proceso ordinario de mayor cuantía incoado en su contra por el señor José Manuel Terán y Gloria Cecilia Pino de Terán, en propio nombre y en representación de su menor hija Melissa Terán Pino, quien permaneció con cuadriplejía (parálisis en sus cuatro miembros) y problemas cerebrales de por vida.

El recurrente afirmó error de derecho en cuanto a la apreciación de la prueba. Por otro lado, la parte demandante dentro de sus hechos alegó un embarazo postérmino (habían transcurrido 24 días de la fecha probable del parto), estrechez pélvica, período expulsivo prolongado (una hora y siete minutos) e inadecuado monitoreo de la frecuencia cardíaca fetal (2 horas y 7

minutos) en contra de los supuestos efectos de la anestesia aplicada como causa de la condición de la menor Melisa Terán vino al mundo.

Al respecto, la representación de la galena anota, entre otros aspectos, que no se concedió pleno valor probatorio, a los documentos públicos que contiene el resultado de los exámenes.

Entre las consideraciones del *a-quo* se estimó que a pesar de las discrepancias encontradas en el material probatorio se estableció la responsabilidad en la doctora Rodaniche, básicamente porque: «casi todas las probanzas obrantes en el infolio dan cuenta de una condición normal del feto hasta momentos antes del parto, de manera que no se observaron patologías de naturaleza congénita en el desarrollo del embarazo», y el deber principal de cuidar la salud del feto y de la madre descansaba en cabeza de la obstetra y los efectos de la anestesia aplicada en la labor de parto no ostentaban calidad de causa originaria del daño sufrido por la niña Melissa Terán⁶⁶.

Entre los principios sentados por la Sala Civil como producto de este análisis jurisprudencial destacan lo siguiente:

- Las obligaciones contractuales contraídas por el médico son de medio y no de resultado (lo pretendido por el paciente es aleatorio y el médico no puede garantizar el propósito buscado).

⁶⁶ El Juzgado Primero Circuito dictaminó que la Doctora Rodaniche figuraba como responsable de los daños y perjuicios que causó por supuesta negligencia en atención al momento del nacimiento de la menor, condenando en abstracto y tomando en cuenta que se trataba de un daño permanente y de necesaria atención durante el resto de su vida; daños morales en favor de los padres que seguirán sufriendo por el daño causado en el cerebro de su hija menor, así como los costos y gastos del proceso. **Conclusión:** En el presente caso La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, casa la sentencia de 7 de enero de 1999, y revocó la sentencia de 8 de octubre de 1993 proferida por el Juez Primero de Circuito del Primer Circuito Judicial, absolviendo a la doctora Rodaniche de los cargos formulados.

- En materia extracontractual médica no existe una presunción de culpa, por lo que es necesario una culpa probada, lo cual se contrasta con la actuación y esfuerzo diligente del galeno.
- Cuando exista responsabilidad civil médica es insoslayable que se acredite en litigio una conducta reñida con la ética médica o el ejercicio responsable de la profesión.
- Se descarta cualquier posibilidad de responsabilidad objetiva como determinación de la responsabilidad civil médica.
- Se destacan algunos ejemplos apegados a las obligaciones médicas de resultado (ej.: cirugía estética, intervención odontológica, vasectomía).
- Se reconoce la aplicación de la culpa virtual como efecto de las dificultades de los demandantes en demostrar la culpabilidad del médico, bajo la premisa de que solo la culpa del especialista pudo haber sido la causa del daño (una prueba por indicio y no una culpa presunta), que permite inferir al juez que el daño es culpa del servicio médico.
- La aceptación mayoritaria de la teoría de la causa adecuada como nexo causal (entre el hecho ilícito y el daño) para exigir responsabilidad del facultativo, como condición real, necesaria o eficiente del daño en el demandante.
- La importancia de los servicios médicos prestados en el proceso y su concordancia con la *Lex artis ad hoc*.

Clínicas y Hospitales, S.A. (Centro Medico Paitilla, S.A.), Sonia Portillo H., Xiomara R. de Rovira, Ramón Crespo Berges, Roberto Enrique Malek Bourdett y Brenda Vidal Valladares de Malek recurren en casación en el proceso ordinario de mayor cuantía interpuesto por **Roberto Enrique Malek Bourdett y Brenda Vidal Valladares de Malek contra Clínicas y Hospitales. Centro Médico Paitilla, S.A.) y otros**, Ponente: José A. Troyano, 31 de julio de 2000, Corte Suprema de Justicia, Sala Primera de lo Civil.

Este proceso tiene sus antecedentes en la interposición de la demanda ordinaria de mayor cuantía por los señores Malek en su nombre y en representación de su hijo (Roberto Enrique Malek Valladares), quienes demandaron al Centro Médico citado y los facultativos mencionados por negligencia médica en la operación de adenoides⁶⁷ que debió efectuarse al menor Roberto Enrique Malek en el Centro Médico Paitilla, como parte de las obligaciones médicas, aduciendo entonces daños y perjuicios, materiales y morales, al menor y a sus padres.

Entre los aspectos relevantes se presentan los siguientes:

- Se reconoce la existencia de un contrato consensual en materia médica, aunque el mismo no conste físicamente (o no escrito), debido a las exigencias naturales de la relación médico-paciente (médico cirujano, los padres del paciente, y por otro lado entre estos últimos, el anestesiólogo y la clínica).
- No existe necesidad de esperar una sentencia condenatoria penal para reclamar responsabilidad civil médica (no derivada del delito).
- La discusión de responsabilidad médica por un acto clínico complejo (clínica, médicos cirujanos, anestesiólogos), en el que cobra importancia el deber de seguridad que deben ofrecer los centros médicos, toda vez

⁶⁷ Adenoides inflamado o hipertrófico. El adenoides (también llamado vegetaciones) es una masa de tejido ubicada en la parte posterior del conducto nasal. Al igual que las amígdalas, el adenoides ayuda a mantener sano el cuerpo al atrapar las bacterias y los virus que se inhalan o tragan.

que se trata de actividad lucrativa que debe ser objeto de contra cargas de responsabilidad por los daños que puedan acaecer.

- La distinción entre la responsabilidad colectiva de los intervinientes del acto médico como subsidiaria, una vez que es imposible acreditar la responsabilidad individual por indeterminable, condenando a todos los integrantes del grupo que produjo el resultado dañoso con fundamento en la equidad, cuyo único acreedor en común de todos ellos era el menor Roberto Enrique Malek.
- El análisis de un supuesto particular de las responsabilidades colectivas en el que todas estaban relacionados por distintos contratos; pero, con un mismo acreedor a quien de manera conjunta se la causó daño, pero convergieron en un mismo acto.
- El llamado de atención del Artículo 1024 del C.C. que permite la reclamación solidaria, pero no aplicable al caso por mediar contratos distintos, que hace hincapié en que varias personas deben el todo.

Recurso de casación presentado por Bernabé González Castillo en el proceso ordinario que le sigue al Hospital San Miguel Arcángel, Dr. Carlos Perurena y otros. Ponente: Alberto Cigarruista Cortez. Corte Suprema de Justicia de Panamá, 28 de octubre de 2009, Sala Primera de lo Civil.

El recurso fue presentado por causal de fondo «infracción de normas sustantivas de derecho», concepto de error de derecho en la apreciación de la prueba, por la falta de reconocimiento de la negligencia médica en la atención del paciente.

Los hechos facticos se desarrollan en la dehiscencia⁶⁸ ocurrida y las complicaciones que ella trajo a su cliente por «falta de doble ligadura del muñón apendicular»; es decir, por no seguir la técnica adecuada. Dicha dehiscencia provocó a su defendido que se vertiera material fecal en su cavidad abdominal, terminando en una infección con choque séptico abdominal y una insuficiencia respiratoria aguda, indicando que en el expediente constaba que el cirujano conocía la técnica adecuada para este caso y no la utilizó.

El señor Bernabé González Castillo llegó al cuarto de urgencias del Hospital Integrado San Miguel Arcángel con fuertes dolores de apendicitis y, luego de ser evaluado por el galeno Carlos Perurena, fue intervenido quirúrgicamente, practicándose una laparotomía exploradora⁶⁹ que encontró un plastrón apendicular (inflamación), por lo que procedieron a cerrar la herida.

Tras un mes, el paciente regresa y es operado según el diagnóstico recibido, y durante el postoperatorio, lo aquejan fuertes dolores abdominales, vómitos y fiebre; pero, a pesar de este cuadro, se le dio salida. Según lo expuesto en la apelación, el paciente siguió empeorando, por lo que reingresó y fue atendido por distintos médicos, le diagnosticaron neumonía; a causa de esto, es enviado para ser hospitalizado en el Hospital Santo Tomás por falta de equipo.

Allí quedó en cuidados intensivos y fue operado, porque tras practicarle un CAT resultó que tenía «líquido libre y pus en cavidad abdominal, dando como resultado que la herida estaba infectada» y una perforación intestinal. Además de una falta de una doble ligadura de muñón.

⁶⁸ Abertura espontánea de una parte o de un órgano que se había suturado durante una intervención quirúrgica.

⁶⁹ Operación quirúrgica en la que se abre el abdomen y se examinan los órganos abdominales para detectar lesiones o enfermedades.

El abogado recurrente atribuyó a una «mala técnica quirúrgica o mala preparación preoperatoria del paciente» que hizo necesario que su cliente pasara por varias intervenciones y que, aun así, actualmente precisa de atención especial, siendo incapaz de valerse por sí mismo.

Así pues, se criticó la evaluación de la prueba por el *ad quem* rendida por el Instituto de Medicina Legal, suscrito por Eric Aguirre, Humberto Mass y Luis Benítez A. Schmitd, que consignan: «que las complicaciones sufridas por su cliente se debieron a una dehiscencia, que ocurrió por el empleo de una técnica incorrecta».

También argumentó el recurrente que el *ad quem*, al momento de evaluar la prueba, no reconoce esta circunstancia del dictamen legal de los peritos José Isaac Rodríguez y Eduardo Hernán Samaniego⁷⁰, y no se formó un criterio sobre lo que demostraron las pruebas.

Entre los aspectos captados por esta jurisprudencia en materia médica se resaltan los siguientes:

- Se abordó la carga de la prueba que corresponde a la parte en mejores condiciones para probar un hecho (fallo del *ad quem*), lo que se traduce en otras palabras en la carga dinámica de la prueba (fallo de la Sala Civil).
- Se reiteró que la medicina generalmente es un trabajo de medio y no de resultado.

⁷⁰ Las inconformidades del abogado recurrente se fundamentaron en la no estimación de la sana crítica que dispone el artículo 781 del Código Judicial, el 966 del mismo compendio legal que permite al juez la asistencia de peritos para puntos técnicos y la interpretación de los artículos 986 sobre obediencia debida y 989 sobre el nivel de diligencia exigible según la naturaleza de la obligación y circunstancia, estos dos del C.C.

- Se destacó la importancia de acreditar y no presumir el nexo causal entre el hecho y el daño recibido y que el causante está obligado a indemnizar. (*ad quem*).
- La importancia del expediente clínico, aunque al momento incipiente.
- La relevancia de la prueba pericial.
- Se analizó sobre el «procedimiento quirúrgico estándar» o «técnica exigida de forma forzosa» para probar la correcta diligencia médica (doble sutura de muñón), que al no ser la técnica exigible en el padecimiento del señor González no podía ser alegada como deficiencia médica.
- La natural existencia del error médico que no puede considerarse como culpa médica, cuando el galeno diligente habría incurrido en el mismo error en iguales condiciones del acusado.

Con respecto al daño analizado no se puede hacer un aporte con respecto a este fallo, toda vez que la superioridad consideró que el demandante no generó convicción sobre la negligencia médica o indicios con su carga de probar que llegasen a dicha conclusión, toda vez que se consideró que el demandante no logró convicción sobre el actuar negligente, a pesar que «quedó demostrado en autos que el estado actual del señor BERNABE GONZÁLEZ CASTILLO, es consecuencia de la dehiscencia producida luego de la intervención quirúrgica realiza por el Doctor .I(...) B(...)».

El Dr. Bonilla dijo que la dehiscencia es una complicación a un acto quirúrgico que puede deberse a muchos factores como: la desnutrición, que el tejido donde se hace la sutura está inflamado o rechazo del cuerpo a la sutura, fibrosis del tejido en el área operada, un proceso infeccioso, mala nutrición, disminución de las defensas, no seguir las indicaciones post operatorio (ingesta

de laxantes, consumo de alimentos que aumenten el movimiento intestinal, uso de enemas), etc., lo cual sin duda sirvió de convicción para arribar a un fallo.

Demanda Contencioso Administrativa de indemnización, Samuel Núñez contra Hospital Santo Tomás y el Estado panameño, en concepto de daños y perjuicios de los servicios públicos de salud. Ponente Abel Augusto Zamorano, Panamá, 26 de abril de 2016. Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

La señora Lourdes D. Núñez Navarro (q.e.p.d.) fue diagnosticada de coledocolitiasis (cálculos en los conductos biliares) el 21 de enero de 2005, posteriormente, ante la intervención de tres médicos y la práctica de CPRE⁷¹ fallido, se indicó en el expediente que: « (...) debe ser pasada a sala de operaciones, indicación que no se cumple» (El subrayado es nuestro)⁷².

⁷¹ Colangio-pancreatografía retrógrada-endoscópica.

⁷² **Antecedentes:** Las pretensiones de los familiares de la señora Lourdes D. Núñez Navarro (q.e.p.d.) estaban dirigidas a declarar al Patronato del Hospital Santo Tomás responsable de todas las complicaciones que sobrevinieron de los actos quirúrgicos realizados a la paciente como mal funcionamiento del servicio público de salud que prestó el personal médico desde su ingreso al nosocomio el día 21 de enero de 2005 hasta su deceso el 24 de marzo de 2005, y en efecto, su pretensión era declarar al aludido Patronato y al Estado Panameño solidariamente responsables por el mal funcionamiento de los servicios públicos de salud y que se les condenara al pago de cinco millones (B/.5,000,000.00) en concepto de daños materiales y morales (cfr. numeral 10 del art. 97 del Código Judicial).

Entre las citadas normas como violadas se señaló el Artículo 1644 (Responsabilidad Civil) y 1645 (Responsabilidad del Estado) del Código Civil y el Artículo 5 de la Ley No. 4 de 2000 que regula al Patronato del Hospital Santo Tomás, que entre otras cosas exige la eficiencia, excelencia, funcionalidad y equidad como función del Patronato como Hospital nacional de tercer nivel, el numeral 1 de su Artículo 19, sobre el deber de brindar la mayor y mejor calidad de atención y servicio de salud; así como el numeral 2 del Artículo 40 del Reglamento General y Manual de Cargos y Funciones del Hospital Santo Tomás, que se refiere a los deberes y funciones de los Médicos Especialistas, de prestar atención médica a los pacientes en forma profesional, diligente y ética con las debidas acciones preventivas, de curación y de rehabilitación que el caso requiera. De igual forma se manifestó inconformidad en cuanto al Artículo 17 de la Ley No. 68 de 2003: «El documento de consentimiento debe ser específico para cada procedimiento de diagnóstico o terapéutico, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general. Dicho documento debe contener información suficiente sobre el procedimiento de que se trate y sobre sus beneficios y posibles riesgos». **Decisión:** Se condenó al Patronato del Hospital Santo Tomás (Estado Panameño) por el mal funcionamiento de los servicios públicos que ocasionó la muerte de la señora Lourdes Núñez Navarro (q.e.p.d) y ordenó pagar al señor Núñez la suma de doscientos veinticinco mil balboas (B/. 225,000.00); en concepto de daños y perjuicios materiales (75,000.00) y morales (150,000.00).

Entre los hechos resalta que, debido a las complicaciones de su convalecencia y la mala manipulación instrumental el 25 de enero de 2005 de CPRE en el que no se obtuvo el llenado de las vías biliares y creó una perforación duodenal no reparada, fortaleció un cuadro infeccioso en la paciente, cuando la misma acudió en una condición estable de salud.

Existieron complicaciones con diagnósticos preoperatorios de colelitiasis, coledocolitiasis y pancreatitis aguda, que la llevaron a someterse a 17 actos quirúrgicos del 29 de enero de 2005 al 2 de marzo de 2005, (poco menos de 3 meses); falleciendo el 24 de marzo de 2005 por sepsis⁷³, peritonitis⁷⁴, pancreatitis aguda⁷⁵.

Entre los aspectos relevantes que trae a colación este fallo en responsabilidad médica tenemos:

- Se explaya respecto a la responsabilidad médica por parte del Estado - falla de servicio, y la preexistencia de una norma que identifique las funciones del Estado (en materia de salud), para señalar que no se cumplió con el servicio o se cumplió defectuosamente, y demostrar que su realización habría evitado los perjuicios.
- La demora de 4 días en la intervención del 25 de enero al 29 de 2005 resalta la importancia no solo de una adecuada intervención adecuada sino oportuna, lo que produce cambios en el organismo (impedir el empeoramiento del estado de salud).

⁷³ Respuesta inmunitaria inflamatoria fulminante a una infección a causa de los químicos que liberan el cuerpo.

⁷⁴ Inflamación de peritoneo.

⁷⁵ Inflamación aguda de la glándula pancreática situada en el abdomen.

- La atención continuada, el seguimiento y control riguroso para poder ofrecer alternativas de tratamiento, o de eventos en los que procede la realización de otros procedimientos operatorios.
- La necesidad del historial clínico y el testimonio que se recoge de los médicos que participan en el acto médico, como prueba «origen» que permite organizar el caudal probatorio consecuente, llegando a una realidad médica.
- Hace referencia a los criterios mínimos para elaborar un adecuado historial clínico: claridad en la información, fidelidad en la información, completa sobre lo actuado y el estado de salud del paciente de manera cronológica, debe ser orientador y permitir continuar con la intervención sin improvisaciones.
- La rigurosidad del consentimiento informado por escrito para cualquier procedimiento médico que afecte la salud: «no se reduce a una simple fórmula instrumental, a un mero formato, a una expresión básica, sino que debe comprender en toda su extensión la comprensión de las amenazas y riesgos que debía enfrentar ante la situación médica». En este caso en particular no constaba la práctica del CPRE autorizado por la paciente o familiares.

Si bien este caso concluyó que el daño soportado por la señora Lourdes Núñez Navarro (q.e.p.d.) y sus familiares es antijurídico porque no estaban llamados a soportarlo como una carga ordinaria ni extraordinaria, se rescató del presente litigio que la historia clínica es la raíz de las demás pruebas ventiladas en el proceso, utilizado como punto de partida para esclarecer puntos oscuros, siendo la mejor evidencia a examinar por los peritos-galenos designados por las partes del proceso.

A nuestro parecer, este fallo tenía todo lo necesario para que se reconociera por primera vez la pérdida de oportunidad de supervivencia en nuestro medio, y por ende una indemnización mayor producto del cálculo de porcentajes de aleas positivas. Esta reflexión parte de la frase citada, que parecía ir encaminada a ello cuando la sentencia rescata en su cita número 28 el comentario de José Manuel Fernández Hierro, de su obra «*Sistema de responsabilidad médica*»:

«En cualquier actuación médica se puede plantear una situación en la que, por el estado anterior del enfermo, el daño sobrevenido como consecuencia de la intervención médica es más importante que el ordinario (...). Otra cosa distinta es que una enfermedad o lesión preexistente se haya agravado como consecuencia de una intervención médica en cuyo caso el problema será determinar en qué porcentaje la incapacidad o lesión final se debe a la intervención del médico».

Parece entonces que el juzgador se mostró tímido en aceptar la aplicación de la pérdida de oportunidad como parte de la responsabilidad médica, puesto que la paciente llegó con un supuesto diagnóstico de «caledocolitiasis», con el que no se pudo afirmar que una adecuada diligencia hospitalaria habría evitado las complicaciones; pero, si hay seguridad que en esta ocasión las mismas fueron auspiciadas por la negligencia médica, la cual no puede indemnizar la totalidad del daño por la preexistencia de la enfermedad.

Se evidencia que la misma limitó las posibilidades de supervivencia de la paciente y si se hubiese analizado porcentajes positivos aniquilados por la negligencia, la historia sería otra: «(...) la Sala considera que el tiempo que transcurrió en entre el 25 de enero al 29 de enero de 2005 (más de 100 horas) fue determinante para el desarrollo del cuadro infeccioso de la paciente y su posterior fallecimiento, luego de las 17 cirugías que le practicaron y resultaron infructuosas»; «esta prestación fue deficiente, inoportuna, no integral, por cuanto

ante la práctica fallida del examen CPRE, del cual se infiere que le perforaron el duodeno y se inició el proceso de pancreatitis».

Las causas posteriores de «sepsis, peritonitis, pancreatitis aguda» no fueron más que la falta de las pruebas necesarias para un diagnóstico adecuado, la falta de invasión oportuna al paciente y la perforación duodenal no reparada.

De todos modos, cabe resaltar que en este fallo si se observó (quizás sin intención), la figura de la pérdida de oportunidad, dado que al momento de reconocer el daño material se hace referencia al «Lucro Cesante» de «productividad frustrada» como persona que haga parte de un mercado laboral de forma dependiente, liberal o como empresa unipersonal.

Se analizó un trabajo actuarial hasta los 71 años de edad de la paciente, con una edad de 28 años al momento de su fallecimiento, calculado en equidad por la suma de B/.179,626.69 que debió percibir en el mercado laboral desde su fallecimiento hasta la edad de 71 años (tomando en cuenta el censo nacional) por tanto, tomando en cuenta el salario mínimo, se fijó la suma de B/.75,000.00 como ayuda que brindaría a su padre y familiares durante su vida activa. Este análisis corresponde a lo que en Argentina se denomina: «pérdida de oportunidad de asistencia familiar», lo cual es lo único que se recoge de la figura en el campo médico panameño, aunque no corresponde a la actividad médica como tal, sino a beneficios económicos dejados de percibir.

CAPÍTULO IV

LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Capítulo IV

La pérdida de oportunidad y su incidencia en la responsabilidad civil médica

La «pérdida de oportunidad» en la responsabilidad civil médica merece una coherente introducción como daño especial, supuesto indemnizable autónomo que parte de las ingeniosas invenciones de la justicia francesa.

Por supuesto, el tema va de la mano con la responsabilidad integral cuya premisa mayor es que la víctima no soporte daños injustamente, en lo particular, cuando se pretende evadir responsabilidad con base a supuestos eventos tildados de suerte y azar, excusándolos de hechos simples y no jurídicos, como ocurrió en algún tiempo con el daño moral; pero, ahora corresponde a la pérdida de la oportunidad hacer aparición como objeto de estudio, como daño indemnizable.

Cabe destacar que la pérdida de oportunidad merece de un previo análisis, para luego entonces hacer mención de su incidencia en materia médica, ya que esclarecer, o por lo menos sentar nuestra opinión con relación a los presupuestos básicos que deben existir al momento de invocarla como parte del estudio de una figura compleja indemnizable.

1. Antecedentes de la figura

Afirma Teller (2013) que la palabra «*chance*»¹³ (del francés) tiene un significado etimológico que viene del siglo XII cuyo primer sentido refiere a

¹³ En el idioma francés la palabra «*chance*» refiere a la «suerte» en su versión más coloquial y común.

«fortuna», «suerte» o antagónicamente a «la mala suerte», ya que ello también es parte del azar.

Anota que 600 años después la palabra «*chance*» adopta otro sentido: «posibilidad», «de producirse por casualidad», haciendo referencia entonces a la «eventualidad», «probabilidad» y la «incertidumbre». Es entonces cuando en Francia se procede a analizar la palabra «*chance*»¹⁴, como un misterio entre el éxito o el fracaso, las cuotas de gracia y desgracia, es decir, un concepto que necesariamente acarrea un evento subsiguiente que puede ser positivo o negativo, por lo que al menos contempla dos posibilidades.

Según Medina Alcoz (en Rodríguez Yong, 2011, p.2), la pérdida de una chance, en sentido jurídico, nace de la doctrina francesa en el siglo XIX, por casos de negligencia profesional de la abogacía, situación que se desarrolló paralelamente en el Reino Unido, pero relacionado a los concursos de belleza.

Por su parte, la primera resolución que menciona en sus considerandos el análisis de la «*perte de chance*» data del 17 de julio de 1889, caso sobre la obstaculización de un funcionario en tramitar un proceso judicial. Seguidamente, fue invocada por la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación en Francia, por medio de sentencia de 17 de marzo de 1911, con relación al ejercicio profesional de la abogacía ante la omisión de ejercer la acción respectiva (Medina Alcoz, 2009, p. 38).

Poco más de dos décadas, el 26 de mayo de 1932, la Cámara de Peticiones refiere la figura en un caso de negligencia de un notario. La fecha de este caso es difusa en la doctrina, puesto que también cita como parte de las decisiones de la Corte de Casación Francesa de 26 de mayo de 1902, en la que

¹⁴ Autores como Hersalis (cfr. 2009, p.5), sostienen que la palabra «chance» efectivamente proviene del idioma galo, específicamente del «*choir*» (caer por su propio peso) y refiere a la caída de los dados y el número de puntos que marcan tras su caída (cheant) al quedar sobre el tablero, semejanza del castellano «suerte», «fortuna», «oportunidad».

el notario impide el recobro de un crédito por error (Gutiérrez y Gómez, 2017, p. 130-131).

En el derecho público, se presenta el caso citado por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés de 3 de agosto de 1928, en el que se condenó a la administración por frustrar la oportunidad de ascenso con legítimo derecho.

De tal modo se extrae que, tanto la Corte de Casación Civil, como el Consejo de Estado de Francia han mantenido una línea uniforme y paralela. Por otro lado, el Consejo de Estado, hoy en día utiliza esta teoría para casos donde se indemniza la frustración de la chance de la expectativa de exoneraciones fiscales, adjudicaciones en contrataciones administrativas, prórroga de concesiones administrativas, etc. Es, por supuesto, en el país galo donde surge el afamado y clásico caso citado por toda la doctrina: el jinete que pierde la oportunidad de obtener victoria por la tardanza del transportista que lleva el caballo, frustrando su participación y obtención del premio.

Paralelamente en el derecho inglés: «*The loss of Chance Recovery*», fue un tópico analizado por la Corte de Apelaciones en sentencia de 1911, en la controversia *Chaplin vs Hichs*, respecto a un concurso de selección de 12 artistas teatrales que tendrían trabajo por 3 años, pero serían electas de las 50 más votadas por los lectores del periódico¹⁵.

¹⁵ Las participantes tendrían remuneración mensual equivalente al *ranking* de selección siguiente: 20 libras esterlinas mensuales a las 4 primeras, 16 libras esterlinas a las que ocupen la posiciones 5 a 8, y 12 libras esterlinas a las restantes, en el que una de las 50 finalistas se sintió damnificada ante la omisión de indicar la fecha de entrevista personal para formar parte de las 12 finalistas, por lo que obtuvo 100 libras esterlinas para indemnización a su «*chance*» vulnerada, caso icono en el sistema *Common Law*, dado que la actora tenía una posibilidad entre cuatro de ser escogida, por lo que se consideró que existía una posibilidad de selección, dando lugar a una indemnización (Medina Alcoz, 2009, p. 37).

Otra sentencia del derecho anglosajón es el caso *Kansas City del Texas Court of Civil Appeal M. & O. Ry. Co. vs Bell*, en el que el demandante tuvo la oportunidad real y cierta de ganar el premio en una feria de ganado, pero fue frustrada por el retraso del transporte de animales (Ellis en Medina Alcoz, 2007, p.131-132).

Durante el siglo XX, la pérdida de chance pasó a ser implementado en países como Italia, Canadá y Estados Unidos. Así también fueron contagiados por esta teoría Bélgica, Australia y Holanda. Durante el presente trabajo se presentarán otros destellos referentes al desarrollo de esta figura.

1. Noción de pérdida de oportunidad

Cuando se refiere a la figura se aborda el «derecho de oportunidad», el cual, una vez lesionado, se convierte en un rubro indemnizable, una «lesión a la oportunidad», la «pérdida del chance»¹⁶.

De manera introductoria, no se puede olvidar la frase del jurista De Cupis (1975, p. 85), en el que afirma que: «daño no significa más que nocimiento o perjuicio; es decir, aminoración o alteración de una situación favorable», idea central del autor italiano que expresa que el daño es el desmejoramiento significativo de una situación benéfica.

Esto es así porque el C.C. Italiano se refiere al «daño injusto» como aquel daño: «incapaz de entender o querer», lo que lleva a reflexionar al autor en su laudable obra: «El daño», que existe detrimento en ciertas ocasiones en donde:

¹⁶ Hersalis (2009, p.4) anota que en su forma más común: «pérdida de la oportunidad u oportunidad perdida», también utilizado el galicismo «pérdida de la chance» o «pérdida de posibilidad»; en las ciencias económicas y en la obra «*el seguro de responsabilidad civil*» de Claudio López-Cobo se encuentra como: «óoste de la oportunidad»; otros como Ricardo De Ángel Yáguez «pérdida de fas expectativa» o simplemente «pérdida de la chance».

«La victoria es absolutamente incierta, pero la posibilidad de alcanzarla, que es lo que el acreedor ha tratado de asegurarse, ciertamente existe (...)» (1975, p. 319).

Al respecto, el C.C. Francés, en su artículo 1149, enuncia una premisa general adoptada por todos los Códigos Civiles de la región, cuando preceptúa que: “Los daños e intereses debidos al acreedor son en general por la pérdida que ha sufrido y la ganancia de la que ha sido privado (...)”. De tal modo, el daño es la pérdida de lo que se tiene, y de lo arrebatado; en este caso, lo que se tenía era una oportunidad.

Para entrar en materia, se resalta la noción de la pérdida de la chance por Velásquez Posada: «Si una persona pierde por hecho o culpa de un tercero la oportunidad de participar en un concurso o competencia, que de resultar favorecido, le reportaría un beneficio» (2009, p. 237), entonces se invocaría una pérdida de oportunidad.

Tapia Rodríguez (2012, p.251) afirma que: «Existen casos de responsabilidad civil en que se desconoce si la negligencia causó efectivamente el daño; pero, sí se sabe que al menos destruyó una oportunidad de evitarlo».

En pocas palabras, sin entrar en conceptos extensos y rigurosos, ni campos específicos del derecho de daños, hasta el momento, se entiende que la pérdida de una oportunidad o chance vendría a ser el impedimento o frustración de una posibilidad cierta y significativa, ocasionada por un tercero, ya sea de concursar, competir o participar, lo cual supone un resultado incierto; pero, del cual ya no se tendrá el efecto final que pudo ser beneficioso para la víctima.

Desde un punto de vista histórico, el concepto de oportunidad ha sido visto como la certidumbre de la incertidumbre, dos tiempos, es decir que:

- Existía la certeza de «oportunidad» que de no haberse frustrado pudo ejercitar.
- Pero, una incertidumbre en lograr y conocer si la ventaja, beneficio o la evasión de un perjuicio se materializaría con pleno éxito.

Esto es así porque « (...) el único daño consiste en no poder disfrutar la posibilidad de ganar una competencia que, como consecuencia lógica, también podía haber perdido» (Tamayo, 1990, p.28). Estas características son específicas, y como se verá más adelante le conceden a la pérdida de oportunidad un matiz autónomo de daño indemnizable.

Orgaz (en Mosset Iturraspe, 1982 p. 154 y 156) ensaya un concepto técnico que requiere conocer al menos los requisitos de la figura en estudio y de un juicio elaborado en la descripción: «cuando se ha roto o interrumpido un proceso que podía conducir en favor de otra persona a la obtención de una ganancia (...) y la indemnización depende de que la chance fuera fundada, de su probabilidad suficiente, juzgada de manera objetiva».

En palabras más sencillas, no se conoce si el caballo ganaría la carrera; pero, se sabe que por culpa de la tardanza del transportista se perdió la oportunidad de competir y triunfar; se desconoce si realmente el abogado ganaría el caso; pero por su omisión de recurrir la resolución el cliente perdió la oportunidad de modificar la decisión en su contra; o bien en medicina se ignora si curaría el paciente, pero de seguro por culpa del galeno ya no tendrá oportunidad de sanar.

Entonces, esas esperanzas pérdidas, esas posibilidades, oportunidades o chances fueron verazmente arrebatados injustamente a la víctima, han sido malogradas y llevadas a la nulidad o reducción relevante, sin importar la

aleatoriedad de sus resultados nada más que para estimar su magnitud en el mundo jurídico. A propósito, Ghersi (1997, p. 400 – 401) resalta que:

«La indemnización por pérdida de «*chance*» no se identifica con la utilidad dejada de percibir, sino que lo resarcible es la «*chance*» misma, la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido.» (El subrayado es nuestro)

O bien, el concepto analítico y *surréalismo* de Medina Alcoz (2009, p. 47) que lleva al lector a temas más profundos que aún en discute la doctrina:

«La doctrina de la pérdida de oportunidad se traduce en un mecanismo de responsabilidad proporcional en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización de la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre constituida por la probabilidad de que el agente dañoso no fuera, en verdad, causante del padecimiento.» (El subrayado es nuestro)

En el párrafo que precede, la oportunidad que desaparece merece una reparación conjugada con la estimación que tenía al existir, con la convicción y a la vez esperanza de ser posible, resalta la preponderante existencia de una oportunidad o chance como resarcible según la medida de su certeza o efectividad, y se reitera la «expectativa favorable», lo que se pudo generar de ella tiene grado notable para computar la cuantía indemnizable.

Una de las definiciones científicas de este daño resarcible es abordado por Martin (en Teller, 2013, p. 1), en la cual indica que:

La pérdida de chance representa el daño que consiste en la agravación de una probabilidad feliz. Por lo tanto, solo designa un prejuicio de sustitución al cual se recurre cuando, convencido de la implicación de la culpa en el daño, no se le puede atribuir

razonablemente la pérdida como una prolongación causal, más que un mero impacto en la probabilidad frustrada a la víctima.¹⁷ (El subrayado es nuestro).

Al hablar de la pérdida de la oportunidad, la misma «*chance*» debe ser cierta, pero de resultado aleatorio no garantizado, por ej.: un matrimonio que pierde la oportunidad de procrear porque al esposo sufrió injustamente una lesión en su sistema reproductivo; un socio pierde la oportunidad de concretar un negocio por culpa de un vuelo aéreo, etc. Ante estos dos ejemplos, la posibilidad existió, pero desapareció infundadamente por un tercero; aunque, no existía seguro o aval en el resultado, sino serias expectativas.

Por cierto, esto es mucho más complejo, toda vez que se observa en el primer ejemplo una posibilidad más cierta que en la segunda. La primera dependía de la pareja si en un futuro quería tener niños, aunado a las causas endógenas que impiden la concepción; el segundo caso está más apegado a parámetros aleatorios, puesto que el negocio depende de varios factores como la oferta, la reputación, la experiencia, la confiabilidad, el mercado, presupuestos geográficos, el producto, el cambio de moneda, la competencia, etc. Entonces se presentan variantes que pueden incidir en el correcto reconocimiento de la figura y hasta en la propia cuantificación de la indemnización.

2.1. Noción jurisprudencial

Existen posturas jurisprudenciales que brindan luces respecto a la noción de esta figura. Así, la *Cour de Cassation (Chambre criminelle)*, que por medio de

¹⁷ Texto original en francés: «*la perte de chance représente le dommage consistant dans l'aggravation d'une probabilité heureuse. Elle ne désigne donc qu'un préjudice de substitution auquel on recourt lorsque, convaincu de l'implication de la faute dans le dommage, on ne peut raisonnablement lui prêter, comme prolongement causal, qu'une incidence sur la probabilité qu'avait la victime de subir la frustration dont elle se plaint*».

fallo de 23 de noviembre de 1971 define las cualidades de la chance de una situación favorable y ejemplifica el resultado esperado como inseguro:

El elemento del daño constituido por la pérdida de una oportunidad puede tener en sí misma un carácter directo y cierto cada vez que es constatable la desaparición por el efecto de la ofensa, de la probabilidad de un evento favorable, aunque por definición, la realización de una oportunidad nunca es segura.¹⁸ (El subrayado es nuestro)

Así también, la jurisprudencia italiana en 1998 (Cass. 25-09-1998 n. 9598) ensayó el concepto de pérdida de oportunidad, con la cual no se está de acuerdo en su totalidad por ceñirse a preceptos muy rigurosos, limitando la justicia a efectos algo exactos ante una figura que busca la equidad y la justicia. Veamos:

La llamada pérdida de «chance» constituye una hipótesis de daño patrimonial futuro. Como tal, es resarcible a condición que el damnificado demuestre (incluso de forma presuntiva, pero por siempre sobre la base de circunstancias de hecho cierto y puntualmente alegado) la subsistencia de un válido nexo causal entre el daño y la razonable probabilidad de la verificación futura del daño.¹⁹

Esta definición de la jurisprudencia italiana, supone dos puntos: primeramente se ocupa de «la pérdida de oportunidad exclusivamente como daño futuro», cuando la chance perdida debe ser actual al momento de su reconocimiento y no tiene una vinculación estrictamente directa con la

¹⁸ Texto original en francés: *L'élément du préjudice constitué par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet du délit, de la probabilité d'un évènement favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine.*

¹⁹ Texto original en italiano: *«La cosiddetta perdita di "chance" costituisce un'ipotesi di danno patrimoniale futuro. Come tale, essa è risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri (anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate) la sussistenza d'un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno».*

expectativa final; la segunda de ellas es «el necesario nexo causal entre el daño y la expectativa futura desvanecida», cuando tradicionalmente debe darse entre el daño y el hecho ilícito, siendo más que exigente la alta proyección retrospectiva del juzgador por medio de presunciones o indicios, con respecto al daño final, lo cual no estriba como un daño inmediato de esta figura.

Otro ejemplo puntual se obtiene de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mediante sentencia No. 371 de las 11 horas del 16 de abril de 2009:

«A nivel doctrinal, se afirma que dicho postulado se origina a partir de una conducta ilícita que tiene como consecuencia la afectación de una posibilidad, real y seria, de obtener un beneficio o situación de ventaja futura, respecto del cual, se determina un umbral de probabilidad mayor que el de mera expectativa, en donde se indemniza a aquél sujeto de derecho que ve cercenado, de su esfera jurídica, una oportunidad de recibir una ventaja patrimonial, caracterizada por un alto grado de certeza en cuanto a su materialización. En este sentido, los autores indican que la causalidad debe ser valorada a partir de la existencia de una oportunidad real, y no como un mecanismo mediante el cual se impute la pérdida de un beneficio patrimonial dejado de percibir, por lo que la eventual indemnización corresponde a la cuantificación del “chance” perdido». (El subrayado es nuestro).

En ese sentido, no resulta ser un disparate indemnizar el cese de un derecho a la oportunidad como bien económico, siempre y cuando la apuesta al beneficio sea seria, real y no conjetural (Tamayo, 1990), lo cual se constata mediante la adecuada percepción de obtener un resultado final favorable, como «*benchmark*» (punto de referencia), dando por válida la desaparición categórica de la «chance», pero con límites en la expectativa como «el beneficio no aprovechado que pudo ser».

Para ilustrar inmediatamente dicha afirmación, se cita otra opinión jurisprudencial del Consejo de Estado, Sección Tercera, Colombia, Sentencia No. 68001231500019951119501 (25869), bajo la ponencia de Enrique Gil Botero, 24 de octubre de 2013:

«En el caso analizado, el demandante había sufrido la amputación de una de sus piernas, tras un accidente de tránsito. La Sección concluyó que se trataba de un desenlace previsible, aun en el entendido de que el procedimiento médico que se le brindara no hubiera derivado en contratiempo alguno.

Incluso, determinó que todos los procedimientos se dieron de acuerdo con la técnica y la necesidad requerida por el estado del paciente. Sin embargo, también encontró que las demoras excesivas dieron lugar a la pérdida de oportunidad que tenía la víctima de prolongar su expectativa de salir mejor librada de este acontecimiento.

Es decir que la responsabilidad no se configura por la pérdida de una de las extremidades de la víctima, sino porque la actuación de la administración redujo su esperanza de no sufrir una pérdida de esas dimensiones, concluyó la corporación». (El subrayado es nuestro).

En este caso la ventaja que se imagina como expectativa no debe ser confundida con no perder las piernas, ello supone un daño final no causado por el médico. El marco de referencia, el umbral de probabilidad, sería entonces «salir mejor librado» como una esperanza frustrada por la demora y la nulidad de curación, lo cual al momento de la intervención era posible, ocasionando así una «pérdida de oportunidad».

2. Pérdida de oportunidad de una ventaja o de evitar un perjuicio

A destacar que esta figura puede tener la expectativa de: obtener un beneficio o evitar un perjuicio, dado que lo frustrado es la situación o actividad particular que contiene la esperanza de alcanzar alguno de estos fines, y es que el arrebató y desmejoramiento injusto es lo que ha pretendido reconocer la doctrina y la jurisprudencia.

3.1. Pérdida de la oportunidad de obtener una ventaja o beneficio

Es la clásica y común forma de la pérdida de oportunidad. Se trata de frustración de contemplar la «mejora de una situación» (Lentz, 2017); es decir, que la víctima estaba encaminada a concretar un negocio, ganar un concurso, una competencia, obtener un beneficio lucrativo, etc. Pérdida de una oportunidad positiva.

Evidentemente, la incertidumbre no permite conocer si perderá o ganará, pero la persecución de la víctima era en principio un beneficio posible. Obviamente, no se indemniza el resultado benéfico esperado sino la «chance» estropeada.

Al respecto, François Chabas considera a esta faceta de «*la perte de chance*» como la concepción restrictiva de la oportunidad perdida, y pocas veces ha sido criticada por la doctrina, ya que desde sus orígenes esta ha sido el prototipo de la figura (Lentz, 2017, p. 5).

3.2. Pérdida de la oportunidad de evitar un perjuicio

Se trata de la pérdida de oportunidad de evitar una falla, una fatalidad, un daño apreciable como la sobrevivencia a un riesgo. En palabras de Lentz es «no ver deteriorada una situación» (2017, p. 5), reconocido porque aquí también hay «esperanza» y «expectativa». Pérdida de una oportunidad negativa.

Claro, asimilar esta faceta de la pérdida de oportunidad resulta complicado puesto que es la menos común. La doctrina y la jurisprudencia parecen dar preponderancia a la pérdida de los eventos favorables y poco o casi nada a la oportunidad de prevenir un perjuicio cuando hacen referencia a la pérdida de oportunidad en modo general.

Un ejemplo de equivocación de mera semántica se refleja en uno de los nidos de esta figura: *La Cour de Cassation, Premiere Chambre Civile* de Francia, que en fecha 21 de noviembre de 2006 declara que: (...) solo constituye una pérdida de oportunidad reparable, la desaparición presente y cierta de una posibilidad favorable²⁰.

Y es que la pérdida de oportunidad no debe entenderse solamente para aquellos eventos con probabilidad ventajosa; también debe considerarse bajo este concepto la desaparición de chance de evitar una afectación o perjuicio, por lo que se considera que la Sala de Casación Civil Francesa quiso empoderar al carácter eventual siempre en un contexto favorable para la víctima, sin excluir esta variante negativa y menos común.

Esta modalidad tiene alta relevancia, y es que al invocarla se valoran los esfuerzos de la víctima para obtener la oportunidad de evitar un mal, un daño, agravación, situación que lo coloca en un terreno de mayor vulnerabilidad. Ejemplo de ello puede encontrarse frecuentemente en las causas médicas, donde el paciente acude al facultativo con la esperanza de impedir la propagación de su enfermedad, el agravio de una infección, buscar la «curación» («*de guérison*» modalidad reconocida por la Corte de Casación Francesa desde el 25 de marzo de 1968) o inclusive burlar a la muerte, «supervivencia» («*survie*»).

²⁰ Texto original en francés: «*Attendu que seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable*».

No obstante lo anterior, esta concepción de evasión de perjuicio fue rechazada por autores como *Philippe Le Tourneau et Yves Lambert Faivre* (en Lentz, 2017) por considerarla como abusiva de la pérdida de oportunidad ya que ahora no solo parecía ocuparse del daño sino también del nexo causal.

Por su parte, Lentz (2017, p.6) anota que en estos supuestos el daño es fácilmente evaluable, ya que basta con seguir el proceso perjudicial, y luego pescar el hecho por medio del cual se desaparece la posibilidad de evitar el perjuicio. Sin embargo, sigue siendo un tanto difícil establecer un nexo de causalidad, ya que no se logra conocer si mantiene porciones de culpa del agente o se trata de un desenlace natural y predecible a diferencia de la pérdida de chance de ventajas.

Así pues, esta versión se tiene como la concepción extensiva y controversial de la pérdida de oportunidad, y que muchos tildan de innecesaria, puesto que se argumenta que de tener la certeza, no existe necesidad de evocar este concepto, y se puede solicitar una pura indemnización²¹. En su momento, se presentará cómo la supresión de impedir un daño descansa en la pérdida de oportunidad y no en una vinculación directa con el daño final.

4. Requisitos de la pérdida de oportunidad

De antemano se hace alusión a que no se suprimen los presupuestos de existencia del daño en general. Ahora bien, se desarrollarán los requisitos como

²¹ Este tipo de pérdida de oportunidad que descansa en el «riesgo de perder» fue reconocido abiertamente en Francia, según Lentz, entre los años de 1960 y 1980, por casos relacionados a la práctica médica, en el que la Corte de Casación empieza a admitir el nexo de causalidad por la frustración de impedir un mal, por ejemplo: «que las fallas del demandante que específicamente están en relación causal con la pérdida de oportunidad de no ser amputado o amputado menos fuerte». Texto original en francés: «*que les fautes du demandeur qu'il précise sont en relation de causalité avec la perte des chances qu'avait le blessé de ne pas être amputé ou de l'être moins fortemen*».

presupuestos elementales para situarse ante una pérdida de oportunidad resarcible apoyados en la doctrina²².

4.1. La certeza y legitimidad en la oportunidad

La oportunidad no puede suponer una probabilidad hipotética o ser parte de la imaginación de la víctima, puesto que *la chance* ya debe existir antes de alegarse como daño, lo cual supone un hecho fáctico y no atribuible de fantasía o ilusión.

En ese sentido, la certeza goza de una madurez jurídica por veraz sobre la cual la víctima debe demostrar su interés legítimo que le permita presumir de su «*chance*» (invitación o clasificación a la carrera de caballos, inscripción en el concurso de belleza, causa para entablar un proceso judicial, la compra del billete antes del sorteo, una excelente visión ocular hasta antes de la operación que lo dejó invidente o una posibilidad de curar antes del acto médico negligente), y de tal forma concluir inequívocamente que se privó de oportunidades a la víctima²³ (Tapia, 2015-2016, cfr. 244).

²² Por medio de decisión de 5 de julio de 2018, el Consejo de Estado colombiano enumera al menos 3 de los requisitos imprescindibles de la chance perdida: «Se consideran como elementos esenciales para su configuración [de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance] que exista: i) certeza acerca de la existencia de una oportunidad legítima, que sea seria, verídica, real y actual; ii) imposibilidad concluyente de obtener el provecho o evitar el detrimento y iii) que la víctima se encontrara en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado esperado».

²³ No obstante lo anterior, existen autores que pretenden negar la certeza de este daño, tal es el caso de Abeliuk que se refiere a la pérdida de chance como una teoría aceptada en Francia, pero como: «(...) una categoría de daño eventual: la pérdida de una probabilidad cierta como ocurre en el caso por ejemplo, de que por negligencia un procurador judicial deje transcurrir un término (...) un recurso legal (...) no hay forma de determinar si el Tribunal Superior habría acogido el recurso, el daño en cierta forma es hipotético» (2001, p. 200) (El resaltado es nuestro). De igual forma Demogue: « (...) ha situado el centro de gravedad del problema en la incertidumbre definitiva que existe de que la obtención del beneficio patrimonial se concretara. En el caso de aquel caballo de carreras, (...) nadie podrá, ya, afirmar, asegurar ciertamente, que habría llegado primero de haber participado en la carrera». Savatier, otro de los autores que condenaba la idea de responsabilizar a una persona por perjuicios de los cuales nunca sabrá si era verdaderamente culpable.

Ello es así porque la oportunidad no debe suponer lo injusto por cimientos en lo conjetural; su nacimiento debe ser cierto, real y constatable y no puede ser remoto, suficiente para considerarse que se trata de un postor y «*no de un posible o futuro postor*» que se limita al deseo abstracto de participar de la puja. Ya debe tener el boleto de entrada y está esperando solamente el día y la hora que luego es arruinada por un tercero, configurándose así la pérdida de la oportunidad ante su ausencia en el evento en el que ya no podrá ofertar por culpa del agente.

A contrario sensu, una «*chance*» incierta no puede ser frustrada, la calidad de aventajarse o repeler un perjuicio no se tiene, e incurrir en su indemnización sería el equivalente al yerro de aceptar un daño puramente eventual. «La lógica es que el daño meramente eventual no se produzca, si el fenomenológico sigue su curso normal» (Velásquez, 2009 p.235).

Entonces, la temática no puede ceñirse al reconocimiento de un daño hipotético que no tenga veracidad, irrumpiendo con los postulados más naturales del daño resarcible, y por tal razón, la verificación de oportunidad (real y cierta) debe ser previa al análisis de su indemnización.

Por ejemplo, la indemnización de una chica que ha sufrido un accidente en el rostro con secuelas cicatrizadas, quien pretendía ganar el título de Miss Universo; esta joven ni siquiera se ha inscrito en el certamen nacional de su país, por tanto creer la existencia de aquella «*chance*» de triunfo no podrá ser acreditada como cierta, y obviar este elemento sería equivalente a reconocer una hipótesis que no es susceptible de comprobación, o por lo menos de una insostenible presunción.

Lo mismo ocurre si un desahuciado (a causa de una enfermedad terminal), pretende responsabilizar al facultativo por la desaparición de la «*posibilidad de sobrevivir*», cuando no existe licencia que acredite «*la chance*»

de supervivencia, dado que el destino de su salud ya estaba seriamente comprometido.

De igual modo se habla de legitimidad en «*la chance*», un requerimiento satélite que va de la mano con la certeza, toda vez que comprobada la oportunidad, la misma debe pertenecer, fehacientemente al que reclama de acuerdo a la ley, la moral y las buenas costumbres, quedando excluido todo derecho obtenido fraudulentamente²⁴.

Retomando el tema, la certeza debe ser objetiva; esto quiere decir que todos los individuos y desde todas las perspectivas deben calificar el hecho mediante la desvinculación de intereses personales. No puede ser real en base a la opinión de un individuo que tiene la plena convicción de poseer una chance o al contrario, debe cobrar protagonismo la verdadera sana crítica imparcial y derrocar la existencia de una falsa oportunidad²⁵.

En fin, nuestra Sala Primera de lo Civil parece reconocer la importancia del presupuesto de existencia de una oportunidad real y cierta. Un extracto del caso Cornelio Cano Castillo contra Desarrollo Costa Blanca, S.A. de septiembre de 2015, (ambos recurren en Casación dentro del proceso sumario), bajo la ponencia de Hernán de León Batista, a la inexistencia de daño al no acreditarse el proyecto en los inmuebles o tratativas serias para vender los terrenos como parte de una oportunidad alegada:

²⁴ Por su parte, la certeza de este tipo de daño depende de la acreditación que haga el actor sobre el estado anterior en el que se aprecia claramente la existencia de ventaja y el cambio de suerte que introduce el responsable.

²⁵ Para los escépticos de esta teoría, ya a mediados del siglo pasado Alessandri Rodríguez y más recientemente Peirano Facio, precisaron que un daño no deja de ser cierto por el hecho que su cuantía sea incierta, indeterminada o de difícil apreciación, o porque resulte más o menos dificultoso acreditarlo, porque lo que se verifica concretamente es la certidumbre, su «realización» y no su cuantía o mayor o menor facilidad para determinarla o apreciarla (cfr. Alessandri, 1943, p. 214 y Peirano Facio, 2004, p. 368).

«De partida, el supuesto daño, pérdida de oportunidad por parte de DESARROLLO COSTA BLANCA, S.A. para realizar algún proyecto sobre las fincas cauteladas o su venta, los peritos no dan señas de la existencia de alguna tentativa para uno de los dos supuestos beneficios que hubiese podido obtener.

En el dictamen pericial no se identifica, siquiera, que al momento de la anotación provisional de la demanda o durante el tiempo que ha transcurrido, el recurrente tuviera planeado un proyecto en concreto a desarrollar, o tratos preliminares tendientes a la formación de un contrato de compraventa de las fincas.

(...)

En el caso que nos ocupa, el simple hecho de ser propietario de dos fincas sobre las cuales pesa una anotación provisional de la demanda, sin indicio alguno de que el dueño pretendiera desarrollar un proyecto o su venta, no basta para acreditar que perdió la “posibilidad” de obtener un posible beneficio». (El subrayado es nuestro).

Cabe destacar que en este caso la idea de indemnizar en base a la pérdida de oportunidad nace de los peritos de profesión «contadores públicos» quienes poco o nada tenían que ver con una profecía respecto al provecho de las fincas, siendo verificable hasta por el propio juez, una vez que ordenó inscribir la demanda en el Registro Público, si pesaba o no un derecho real sobre estas y por ende una oportunidad cierta.

Para resumir, la crítica nacional opta por requerir la “posibilidad” como seria, y al no acreditar una irrefutable intención de venta, proyecto, construcción, etc., sobre los bienes inmuebles, no puede el jugado hacer prosperar un

enriquecimiento injustificado, ante incertidumbre en la «*chance*», situación que en el caso citado no ameritaba esfuerzos por conjetural o eventual²⁶.

Es por ello que se recomienda evitar el desgaste de recursos ante el análisis de la pérdida de chance cuando no reporta un hecho cierto. En caso de inexistencia o duda, no tiene sentido justipreciar la utilidad del provecho esperado.

4.2. Incertidumbre en la expectativa

La «*expectativa*» refiere a lo que se ansiaba con la oportunidad y lo cual ya no llegará a concretarse en estos supuestos. Ciertamente, la ventaja esperada o evasión del perjuicio gozaba de rasgos de impresión o «alea», lo cual ya suponía no conocer el desenlace, pues, de lo contrario estaríamos frente a un daño cierto rutinario. Por tal razón se dice que la víctima ya estaba expuesta naturalmente al riesgo de perder el resultado favorable, situación que limita su certidumbre antes de la falta del agente (Lentz, 2017), y por ello se denomina: «posibilidad».

Federico Torrealba (2015) prefiere llamarla: «preexistencia de un alea», que permite distinguirla del daño futuro o lucro cesante en los cuales la aleatoriedad existe, pero de modo insignificante. Y es que en la pérdida de

²⁶ Tapia (2015-2016, p. 244) anota varios indicadores para concluir que la relación causal, hecho ilícito y daño en la chance no es cierto, en la que contribuimos con cierta denominación entre los paréntesis. Cita ejemplos como el caballo de carrera que no debía correr la semana del accidente sino el semestre siguiente (factor temporal de lejana proximidad), el paciente se encontraba en un proceso de deterioro irreversible (chance deteriorada naturalmente) o la demanda tenía pocas chances de ser acogida (referencia estadística), al estudiante de bajo rendimiento le faltaban exámenes cruciales para culminar (expectativa infundada), etc.

oportunidad el factor aleatorio y casual es la tónica, la esencia de su existir como daño singular. Importante entonces anotar dos aspectos:

- Debe demostrarse la existencia de un alea, como posibilidad de obtener una ventaja o evitar un perjuicio.
- El alea debe operar razonablemente favorable para la víctima por medio de un umbral positivo para la víctima, aunque puede, y de hecho debe tener la posibilidad de obrar en su contra para ser una «chance».

Entonces la expectativa por inconcreta no puede ser remota; el umbral debe tener serias esperanzas para la víctima antes del hecho que estropea la chance y no puede hablarse de un alea que ha echado sus cartas en favor o en contra, blanco o negro, sino una zona gris con posibilidades para el peticionario. Por ello los Mazeaud *et. Al.* (1977, p. 273) prefieren hablar de «una oportunidad más o menos probable de realizar una ganancia o de evitar una pérdida».

Podría suponerse por un instante que dicha ventaja estuviera garantizada, en ese caso existirían dos reflexiones que llevan a cuestionar la figura:

- Si se tiene certeza de un premio ya no se estaría ante una «oportunidad» de ganar, porque virtualmente su triunfo era seguro y lo que se indemniza ya pasa a ser otro rubro (por ejemplo: daño virtual o lucro cesante).
- El juzgador tendría que indemnizar la pérdida de la oportunidad con la suma total (todo el daño) y no bajo porcentajes por falta de alea, desnaturalizando la razón de ser de la figura.

Si el galardón está asegurado no habría motivo para hablar de “«chance» u «oportunidad», y lo que se abordaría sería un daño simple con efectos

jurídicos manifiestos posteriores al hecho injusto irrogado, siendo innecesario hablar de un momento medio u oportuno que fue arrebatado.

Es por ello que debe existir un desconocimiento del desenlace y por ello la chance debe ser infringida antes de saber lo que va a ocurrir. Es que en el fondo, la pérdida de una chance permite prescindir de la certidumbre de un vínculo causal, pero exige la acreditación cierta de la relación que debe existir entre el ilícito y la destrucción de la chance (cfr. Tapia, 2015-2016, p.244).

Sugiere entonces Medina Alcoz, que no se realicen desgastes en la fuente especulativa (azar, suerte, alea), sino que ésta subsista después de que la víctima haya intentado superarla con los recursos probatorios que el ordenamiento ha puesto a su disposición (2009, p. 44).

En este apartado es importante hacer referencia a una de las citas más encontradas en casi todas las obras consultadas al explicar la importancia del rubro indemnizable y la incertidumbre por aleas como esencia del estudio en cuestión por el francés François Chabas: « (...) las aleas son en el fondo la cualidad que identifica la figura de la chance, tornándolas en una forma especial de perjuicio. Cuando se hace referencia a la oportunidad, la víctima se encuentra sometida a ella esperando su ocurrencia»; así tenemos que: «en consecuencia el elemento aleatorio, (...) no es mantener una enfermedad sino sanarla, no es la vida sino sobrevivir» (mejor interpretación en Yong, 2011, p. 14).

Entiéndase entonces que ante el reconocimiento de la pérdida de oportunidad, debe tomarse en cuenta el alea y el umbral favorable, la porción ventajosa en favor de la víctima, su motivación a la apuesta, verificando que

evidentemente existe una pérdida seria al no poder optar por el resultado de su expectativa²⁷.

Para Torrealba (2015), el ámbito de dicho concepto se enmarca a nivel ético y es parte del principio de «reparación integral del daño», siendo la negación de esta figura, bajo excusas en el alea, una injusta o insuficiente aplicación de la equidad, ya que esta figura es: « (...) un elemento útil para pulir el daño, amarrar la conexión causa y rebanar la grasa aleatoria y se deja el corte magro del verdadero perjuicio causado».

Finalmente, es indispensable considerar que siempre se debe tener un umbral mayor a una simple expectativa, por lo menos en nuestro derecho, pero que no goce de certeza suficiente para registrar esperanza que pudo materializarse. Y es que la «oportunidad» encierra más que incertidumbre y menos que certitud, goza tanto porcentajes positivos y porciones negativas y allí que se habla de «expectativa».

4.3. Interrupción o desaparición de la oportunidad

Dentro de ciertas situaciones existen hechos que interrumpen el normal transcurrir y alteran el normal acontecer. Siendo así, el juzgador debe proceder a realizar una reflexión y divisar si el evento ilícito causado por agente privó la oportunidad.

Sin duda estas afirmaciones se asemejan a la teoría de *Von Kries* de la causalidad adecuada que se refiere al empirismo de los hechos, ya que la conducta que causó el agente debe traer como consecuencia el daño, en este

²⁷ Autores como Hersalis (2009) se arriesgan a otorgar nomenclaturas específicas a la suerte mala y la denominan «riesgo» en vez de referirse a ambas como alea, hace énfasis en la posibilidad de sufrir un siniestro o un resultado desafortunado, las oportunidades malvadas las distingue de las «fortunas».

caso la oportunidad perdida, interrumpida, anulada, cortada significativamente por una conducta ilícita.

Siendo así, la interrupción de la oportunidad o porción desaparecida debe ser «irreversible» para que se dé su reconocimiento por el derecho, lo que quiere decir que dicha alea no se volverá a presentar, o por lo menos no con la misma posibilidad de éxito.

El resultado directo del agente debió ser desaparecer «*la chance*» como daño, y no aplicar esta figura como un efecto rebote para incrementar las cuotas de resarcimiento.

Incidentalmente, se habla de desaparición porque la oportunidad puede desvanecerse totalmente, y puede ser interrupción porque la oportunidad está suspendida, pero mantiene destellos de concretarse en otra época, siendo una pérdida significativa para el reclamante, visto que el tiempo nunca regresa y su oportunidad ya no es la misma (ejemplo: la carrera de caballos o de automóviles, el deportista, tienen la facilidad de crear otra oportunidad en la próxima temporada pero una previa trayectoria ya fue interrumpida).

Por último, es necesario precisar que en estos casos es normal hablar del «daño final», como aquel desenlace total de detrimento, y por el cual luchaba evitar o bien repeler con una ventaja. Por ejemplo, en materia médica el daño final a evitar era la muerte, pero resulta que los daños finales no constituyen ser parte de los detrimentos indemnizables por la pérdida de oportunidad porque los agentes no han sido causantes de ello.

Más bien, la oportunidad perdida recae sobre aquellos daños que realmente causó el inculpado, en nuestro ejemplo médico su acción tuvo como consecuencia la desaparición o reducción de la expectativa de sobrevivir o de

curar tomando en consideración que los orígenes del daño ya tenían una causa anterior. «Debemos tener presente que el menoscabo final no es provocado por la parte demandada, porque este ya existía, sino que su actuación ha ocasionado la no evitación del mismo, su incremento o simplemente no lograr una mejora palpable» (Vicandi, 2015, p. 10).

4.4. Acreditar la participación del agente con la pérdida de oportunidad

Al que se acusa como responsable debió realizar un hecho ilícito que incida directamente en la chance y a su vez, algo de coordinación con el resultado final que se esperaba (la expectativa) según su actividad, lo cual se logra acreditar con peritos expertos en la materia en la que se lleva a cabo el hecho calificado de ilícito (El médico a la curación, como el abogado a la gestión procesal, etc.).

Es decir, debe existir una conexión entre la conducta del agente y la oportunidad perdida, que suponga un enlace lógico y coherente con la ventaja esperada o el perjuicio a evitar. De otro modo el inculpado indemnizaría hechos que no son de efectos de su conducta.

No se debe olvidar que el nexo causal debe ser entre hecho ilícito del agente y la chance violada como daño. En el tratamiento de responsabilidad por chances destruidas cobra vital apreciación la participación ilegal del presunto responsable con la expectativa disminuida, la cual goza de una ausencia de prueba que lo vincule con la propia ventaja esperada por imposible de materializar; empero, nunca así con la «oportunidad» (Chabas, 2009).

Por esa razón, no se busca vincular al perjuicio en sí como lo esperado, sino la oportunidad cierta que desvanece sin desconocer el orden de las cosas y

reconocer que previamente se perseguía un resultado incierto pero con preponderante valor.

Tapia (2015-2016, p. 243) explica esta inquietud: «Ante todo, en la materia debe efectuarse una distinción: existe un vínculo causal entre el ilícito y el resultado final. Evidentemente, este último no se probará en estas hipótesis, pues si se llegase a demostrar, entonces lo que procedería no es indemnizar las chances desaparecidas sino el perjuicio completo (la muerte, la agravación de la salud, la pérdida del proceso, la frustración del negocio, etc.)».

Y es que hay un margen de incertidumbre que impide ligar la conducta con el daño final, primero porque ya no existirá la expectativa que así lo demuestre, y segundo que siempre estuvo dotado de imprecisión; pero, al hablar de coordinación, es necesario que la víctima compruebe la facilidad del agente de evitar desvanecer la chance de otro, por lo que el juzgador siempre debe ceñirse a la habitualidad, regularidad y transcurso normal de los hechos y apoyarse en la prueba estadística y pericial dirigida al campo en el que se desenvuelve el caso (la medicina, negocios, el deporte, etc.)²⁸.

La estadística se conjuga con la labor de los expertos y debe ser utilizado con mucha cautela, dado que no puede responsabilizar vagamente al agente, sino arrojar altos porcentajes y muchos datos empíricos creíbles que coloquen al agente como el indiscutible centro gravitacional del sacrificio de la chance.

²⁸ Al respecto Max von Rümelin citado por Prevot (2010) ensaya la teoría de la «ultraobjetividad», en el cual anota que en el juicio de probabilidad solo deben tomarse en cuenta las circunstancias existentes al momento de la acción, fuesen ya conocidas en ese instante o solamente después. Sin embargo, la crítica a esta teoría descansa en que su semejanza a la teoría de equivalencia de condiciones en materia de nexo causal, lo hace merecedora de excesos de convicción, más aun si tomamos en cuenta que la «chance» tiene matices distintos de acuerdo al campo en que se desenvuelve (juegos de azar, contratos mercantiles, médica), en el que el «alea» tiene menor o mayor umbral de proyección favorable para (la ahora) víctima, en el que la intervención del agente debe ser clave y detonante.

4.5. Detrimento significativo por medio de la oportunidad perdida

Este presupuesto está íntimamente ligado con la reparación integral y a la vez con el enriquecimiento sin mérito, puesto que deben indemnizarse daños que son relevantes para el derecho, labor que corresponde al imparcial determinar si la oportunidad era relevante y útil por medio de la discrecionalidad que se obtiene de acuerdo a las evidencias de lesión a una oportunidad eficaz y efectiva.

Sallet (en Henao, 1998, p.159) anota que «será considerado (o no) como suficientemente consolidado para ser reparable, según el mayor o menor grado de certeza que se permita predicar de la pérdida de la oportunidad». En ese sentido, el beneficio, ventaja o el hecho de evitar el perjuicio no puede ser de posibilidad nula o de muy baja esperanza.

Si bien no existe una tabla que indique cuándo la oportunidad debe ser considerada como importante, más que estadísticas inseparables al curso normal de los hechos, la lógica y la razón de los expertos resulta indispensable para el mundo jurídico. Adicional, se puntualiza que el daño indemnizado no es del daño final incierto, sino la posibilidad de evitarlo (cfr. Medina Alcoz, 2009, p. 49), por lo que dicho remanente o porción que se extrae debe ser suficientemente modificador del curso normal de los hechos en perjuicio del reclamante para ser apreciado económicamente.

Esto guarda vital relación con los bienes jurídicos tutelados y la efervescencia de las consecuencias que importan al derecho: la vida, la salud, etc., arrojando como resultado la exposición al daño y a su vez la evaporación de la opción.

5. Características

Una vez mencionados los requisitos de rigor, se describen las características o cualidades que comúnmente presenta la pérdida de la oportunidad.

5.1. Perjuicio no consolidado a partir de una situación inexistente

Para Henao (1998) esto merece mucha atención. Si la chance en sí era cierta, no olvidemos que es eso, una ocasión que se presenta para obtener un beneficio, pero que ya no existe por causa de un tercero, y es que el análisis de la presente obra radica en su frustración (una oportunidad ya inexistente) como el daño puntual.

Cuando se refiere al perjuicio, se habla específicamente sobre aquella expectativa que no se llevó a cabo y no se sabe ni sabrá el resultado importante, utilizada insoslayablemente en la retrospección del juez para evaluar las posibilidades de concreción y determinar la importancia de la ocasión a vencer, ganar, o evitar un mal, etc., y por ende, el alcance que tenía la oportunidad obstaculizada.

Es entonces, analizar algo del cual no se sabe su resultado, es un perjuicio que radica en la expectativa bañada en las aguas de la aleatoriedad y que se centra en un evento cierto que no se concertó (la chance). Por ello se afirma que ni la chance ni la expectativa existen en el mundo real al momento de su análisis; ambos se han eliminado, los cuales son resucitados en la ficción para determinar la intensidad de la «*perte de chance*».

Cita Henao (1998, p. 159 a 186) «En esta hipótesis, el juez analiza la existencia del perjuicio en relación con situaciones inexistentes al momento en que debe calificar la certeza», con información de lo que fue la chance como

daño cierto (la chance frustrada) y el objeto del perjuicio (expectativa), tomándolo en cuenta para computar el valor de la posibilidad frustrada.

5.2. Pérdida de oportunidad total o parcial

La pérdida de la oportunidad es un daño especial, en el cual existe la privación de una posibilidad de conseguir un beneficio o evitar un resultado negativo, que puede ser total o parcial²⁹.

Si bien el resultado final no depende del autor, más que la oportunidad que ha frustrado, impedido o privado, aportando al arrebató de la expectativa, ¿qué sucede si la chance desaparece total o parcial? ¿No es justo indemnizar el retardo temporal o económico que ocasiona el infractor, sin que ello suponga daño contingente?

Cuando se habla de la pérdida de oportunidad total o parcial se refiere específicamente al grado de desaparición de la chance de obtener dicha ventaja o no obtenerla con las mismas expectativas que se tenían hasta antes de ser colisionado por el acto ilícito.

Puede darse el caso que por la intervención de una persona se minimice, limite o se afecte en el tiempo la esperanza de galardonarse. En materia médica, por ejemplo, si el galeno omite practicar todas las pruebas pertinentes para descartar la patología del paciente, so pretexto del convencimiento en su experiencia limita la verdadera posibilidad de curación, agudizándose mientras transcurre el tiempo, lo que no necesariamente es una pérdida total de la posibilidad de curar, pero si limitó las posibilidades de mejorar y las

²⁹ Al respecto, autores como Chabas (2009) prefieren apegarse al concepto «*todo en juego*»; es decir, que para que se dé el reconocimiento de la afamada figura en estudio, debe existir el máximo y único riesgo de pérdida que será el valor del pleito y valorado como el perjuicio verdaderamente sufrido, dejando a un lado los conceptos eclécticos de pérdida de oportunidad parcial.

«oportunidades» de luchar contra el padecimiento. « (...) en función de que dicho resultado hubiera llevado a una previsible curación total, o rebajar los resultados lesivos, puede condicionar el quantum indemnizatorio» (Grau Grau, 2017, p.175).

Este tema no es sencillo, puesto que muchas veces la magnitud del daño parece depender del resultado médico consecuente que no es pérdida de oportunidad «*per se*», pero se recuerda que la indemnización no puede divorciarse de la magnitud de posibilidad, grado de certeza, expectativas, que por causa del agente se ha privado de conseguir el resultado más provechoso, una disminución de una situación anterior.

A simple juicio, el Juez deberá hacer una necesaria proyección retrospectiva del resultado que pudo conseguirse antes y después de perder la oportunidad, para así fijar los parámetros a partir de la inferencia estadística.

Por ejemplo, en plena carrera de caballos el jinete favorito, durante la carrera, siempre mantenía la punta y eventualmente el segundo lugar; pero, antes de terminar la carrera es obstaculizado por algún objeto fijo (roca, desperdicio animal, rama) que no fue removido por la organización, tropezando y relentizándose por algunos segundos, logrando de todos modos un tercer lugar. De hecho, la oportunidad de ser el ganador desaparece pero continúa en el podio de los mejores, ¿será considerado pérdida parcial de oportunidad?

A tal motivo, si bien esto resulta ser parte de una confusión dogmática, lo cierto también es que el ejemplo resulta algo ilustrativo o fantasioso, pero cuando se trata de contratos entre trasnacionales, la salud deteriorada, muchas veces se mantienen esperanzas luego del ilícito, aunque de muy bajas expectativas.

En ese sentido, se es del pensamiento, que esta figura sufrirá, quizás no muy pronto, una transformación que parte de la afamada «reparación integral».

En otra situación, a modo de ejemplo: Juan se encuentra vendiendo una finca de 4 hectáreas registradas separadamente, al precio global de B/.400,000.00 dando la impresión de B/.100,000.00 por hectárea, encontrándose en las tratativas negócias con Pedro, quien manifiesta su intención de adquirir el bien dado que se encuentra a orilla de calle; pero, resulta que Mario, el colindante, al escuchar los rumores de dicha venta interpone un proceso de medidas y linderos porque considera que un extremo de las dos hectáreas le pertenece, por mero capricho o envidia, resultando que ante dicho litigio Pedro se desinteresa en comprar la propiedad; pero, reflexiona y decide comprar las dos restantes, bajo un precio menor dado que aquellas restantes que se encuentran en litigio están a orilla de calle, por lo que le ofrece la suma de B/.90,000.00 desvalorizando el bien ya que le resta utilidad a su negocio.

He aquí un supuesto de pérdida de oportunidad parcial y significativa, ya que si bien Pedro manifestó interés por los terrenos, al momento de interpuesta la demanda la venta no se había perfeccionado, existiendo incertidumbre en la expectativa. Siendo razonable la reducción de oportunidades de vender hasta el punto que nadie compre las hectáreas por restarle valor al no tener salidas a las calles y de no ser a causa de la demanda temeraria, probablemente pudo vender cada hectárea por el máximo valor.

En estos aspectos se trata de la posibilidad que puede lesionarse y demostrar su evidente disminución por culpa de un tercero. Cabe destacar que aun en estos casos, la figura debe estar dotada de la incertidumbre irreversible que arguye Medina Alcoz: «(...) la oportunidad perdida es una chance inexorablemente frustrada, una posibilidad que el agente dañoso, con su actuación, ha mutilado definitivamente, una oportunidad de la que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente» (2009, p. 42).

Somos partidarios de que la oportunidad no debe ser disminuida en su totalidad para ser indemnizada, situación que se puede visualizar en «chances

de curación», en el que objetivamente basta con que se perciba una disminución relevante en el estado de salud de la víctima. Es que por naturaleza el daño es proporcional con el resultado final, y en caso tal de analizar esta inquietud, todo dependerá de los elementos fácticos de cada caso y el campo o dimensión temporal en el que se desenvuelven, del desempeño o previsión de la víctima durante su reclamo.

Ahora bien, es común representar las chances frustradas por medio de porcentajes, 50% vs 50%, 70% vs 30% y así sucesivamente; por ello, nada puede asegurar que un paciente con 10% de supervivencia no siga sobreviviendo, dado que en el juego de la chance también es posible disminuir sus posibilidades (pero algo forma parte de ese minúsculo sector que sobrevive).

Estos postulados tienen apoyo en las afirmaciones de Alvaro Luna Yerga (2005, p. 8) quien al analizar los textos de David Rosenberg, se refiere al *Proportional Risk Recovery* (Recuperación proporcional del riesgo), específicamente cuando hace referencia a las oportunidades de curación o de supervivencia: «cuando el daño final todavía no se ha producido y es incierto si se producirá en el futuro (...). En tales casos se indemniza, no la causación de un daño médico-sanitario, sino la exposición de un riesgo como consecuencia de la conducta médica negligente» y sigue diciendo: «Esta exposición comporta así un daño económico, en tanto que la mera exposición a ese riesgo supone una disminución del valor de la vida».

En ocasiones la negligencia médica no comporta la destrucción total de oportunidades sino, tan solo su reducción en un determinado porcentaje. En este caso, se podría imaginar que el diagnóstico del cáncer pudo haberse producido en un momento en el que este todavía era tratable, si bien mantenía una probabilidad de éxito del 10% el paciente fallece. La doctrina de la pérdida de oportunidad permitirá, en tal caso, la indemnización de las oportunidades efectivamente destruidas, esto es, un 10%.

Otro caso podría ser que el paciente mantenía una chance deteriorada que se redujo, pero quizás no la perdió; sin embargo, para este paciente el precio del seguro de vida ahora sería superior porque gracias al galeno se redujo sus posibilidades de curación y supervivencia; pero, lo rutinario es que el error en el cálculo no radica en el juez sino en la probabilidad estadística.

La verdadera motivación de la inclusión de esta característica de «parcial» supera el análisis del derecho románico y nace de la lectura del artículo de Chenoa C. Allen (2017), «*Tort-Loss of Chance in Womyng: Alive, but for How Long*», en el que postula que una persona puede inclusive sobrevivir y hasta recuperarse; no obstante, las chances reducidas hicieron del proceso de recuperación un esfuerzo extraordinario para el paciente, en el que evidentemente la chance de curar no desapareció del todo, sin embargo merece alguna consideración como daño indemnizable por su trascendencia.

En su interesante ensayo cita el caso *Delany vs Cade*, de la Corte Suprema de Kansas, en el que se explicó que la pérdida de oportunidad no solo incluye a los pacientes que sobreviven a la lesión o enfermedad preexistente, sino que se falla en base a la calidad de recuperación que podría haber resultado ante la ausencia de la mala práctica médica, y el incremento de las primas de seguro médico (cfr. Allen, 2017, p. 547).

Así también David Fitcher (2001, p. 633) recoge la siguiente posibilidad que no tardará en llegar a nuestros tribunales: No todas estas personas sufrirán daño, pero cada una ha sufrido una pérdida en un sentido actuarial debido a sus posibilidades de evitar el daño que ha sido reducido. Este tipo de pérdidas a menudo se pueden asegurar, y los demandantes que utilizan sus recuperaciones para comprar dicho seguro, no están sobrecompensados. Aquellos demandantes que realmente sufran la pérdida futura recibirán una compensación adecuada de sus compañías de seguros. Los demandantes que

no sufren la pérdida futura no reciben nada de sus compañías de seguros, y por lo tanto, no están sobrecompensados³⁰.

Este pensamiento no resulta descabellado, pero obviamente se debe tener en cuenta que en el *Cammon Law*, como se verá más adelante, indemniza expectativas de chances frustradas con menor rango de percepción favorable que en el derecho occidental, indemnizando hasta el más mínimo chance de supervivencia, dado que la negligencia médica en ese sector es menos intolerable y exige que los facultativos den lo mejor a aquellos que tienen menos posibilidades, lo cual también es un tema social y cultural.

5.3. Es un daño autónomo

Tomando en cuenta que el daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil, siempre que exista se estará ante la posibilidad de indemnizar. Señala Orgaz (en Mosset Iturraspe, 1982, p. 139) que: «el perjuicio debe ser entendido en sentido jurídico, es decir, solo el perjuicio que resulta de la lesión de un derecho o de un bien personal protegido por la ley». Entonces De Cupis (1975, p. 107) afirma que: «El objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y consiguientemente, es siempre un interés humano».

De tal manera, si la chance puede asimilarse como un derecho tutelado, como la disminución de una situación, entonces se podrá estar de acuerdo con

³⁰ Texto original en inglés: «*Not all of these persons will actually suffer harm, but each has suffered a loss in an actuarial sense because his chances of avoiding the harm have been reduced. These kinds of losses can often be insured against, and plaintiffs that use their recoveries to purchase such insurance are not overcompensated. Those plaintiffs that actually suffer the future loss will receive appropriate compensation from their insurance companies. Those plaintiffs that do not suffer the future loss receive nothing from their insurance companies, and thus, are not overcompensated.*».

los franceses que anotan en sus resoluciones que es un daño autónomo que debe ser indemnizado en su integridad por violar el «derecho a la oportunidad».

Así, escapándonos de las corrientes sociales y comunistas, el ser humano tiene derecho a prosperar y realizar todo aquello que no sea contrario a la ley, la moral y las buenas costumbres, por lo que basta con la lesión de un interés para situarse frente a un daño indemnizable, y en el caso que ocupa se interfiere con la posibilidad de utilidades económicas, ventajas o posibilidades de evitar perjuicios.

Esto tampoco debe interferir con el normal devenir de las reclamaciones indemnizatorias que dimanen del mismo hecho ilícito. Se constata, entonces, que no se trata del entero de daños causados, como por ej.: ocurre con el daño emergente respecto a los gastos en el que ha tenido que incurrir, o el daño moral de los familiares de la víctima que ha perdido la oportunidad de sobrevivir, en donde en una misma causa se reconoce la pérdida de la oportunidad como rubro independiente y particular de los mencionados.

Lo que interesa expresar es que la pérdida de la oportunidad no le resta identidad a otros tipos de daños ni viceversa, gozan de particularidades distintas. Su reconocimiento es independiente al daño moral, los daños emergentes, o daños materiales que se reconozcan en una determinada causa los cuales sí visualizan reconocimiento «total» de la indemnización (y no proporcional en las chances), ya que puede darse el caso que no existía posibilidad alguna de curar, pero sí daño moral o material en la misma causa.

De tal forma Teller (2013, p. 2) anota que su carácter autónomo también destaca sobre el daño final, situación que no le permite ser igual a la ventaja procurada como realizada; siendo así, siempre representará una cuota parte de la misma. Dicho en otro orden, la pérdida de posibilidades es indemnizable como

daño autónomo del daño final, ante la problemática de identificar el nexo causal entre el hecho ilícito y este último.

Se ilustra con la citada doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado de Colombia, (Sentencia nº 68001-23-15-000-1995-11195-01 [25869]), Sala Plena Contenciosa Administrativa – Sección Tercera de 24 de octubre de 2013, caso Nestor Buelbas vs Nación – Ministerio de Salud u otros:

«Se trata de un bien distinto a la ventaja final esperada o el perjuicio que se quería evitar, y por eso se le distingue de daños materiales, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante. Esta concepción parte de la base que esa chance u oportunidad puede ser valorada económicamente. Respecto a la naturaleza de ese perjuicio autónomo, asimismo, se han trazado tres entendimientos diferentes. De un lado se sostiene que la oportunidad es una pérdida de carácter patrimonial, que no obstante se trate de un bien que está destinado a desaparecer, su naturaleza económica siempre justifica la necesidad resarcitoria. De otro lado, existe una perspectiva que trata a la oportunidad como un bien personal, como algo que está inserto en el patrimonio de la persona y solo pertenece a ella, lo que lo convierte en un bien intransferible. Y finalmente, un tercer enfoque afirma que el carácter de la oportunidad tiene que ver con la ventaja esperada o el perjuicio que se buscaba evitar. Con todo, de acuerdo con este entendimiento la pérdida de oportunidad se indemniza como un perjuicio independiente; esto es, se concede como un rubro diferente a los que tradicionalmente se reconoce en un proceso judicial de responsabilidad patrimonial (morales; materiales: daño emergente, lucro cesante; daño a la salud, etc).» (El subrayado es nuestro)

Esta jurisprudencia emitida en tierras fronterizas es extraordinaria, analiza ciertos postulados innatos de la figura, particularidades que le otorgan un rol autónomo de los otros daños tradicionales. A continuación:

- Es distinto a la ventaja final esperada o el perjuicio que se quiere evitar.
- A su vez es una disminución de carácter patrimonial toda vez que es susceptible de valor económico propio.
- Se reconoce a la «chance» misma como un carácter de bien personal que descansa en las «posibilidades» de concretar una situación como una facultad que tenía la víctima.
- Se califica en base a ventajas o perjuicios desaparecidos tomando en cuenta el factor de umbral favorable de la víctima.

Agrega Fischer (2001) que la razón de la pérdida de posibilidades es que el demandante no puede probar el daño tradicional; de tal modo, la posibilidad de obtener un beneficio o evitar un daño tiene un valor en sí al que tiene derecho de ser protegido.

5.4. Estudio de la actividad o profesión en la que se desarrolla

La profundidad del estudio de cada materia y cada caso juegan un rol importante al aplicar la ley de probabilidades, la cual por obvias razones no siempre debe ser experticia del juez. Y es que, el estudio de la materia y el conocimiento del arte (medicina, abogadil, laboral, negocios y administración, etc.) es lo que brinda la respuesta de la posibilidad, y por qué no, también la contraria eventualidad que brinda «*la chance*» en el campo determinado.

Debe destacar la actividad y su dinámica (conocer las carreras de caballo, la modalidad de los juegos de azar, el funcionamiento del negocio, etc.), en la

que debe hacerse un estudio minucioso de las posibilidades favorables (también las negativas), ya que del estudio de los mismos se obtienen los componentes para que el juez pueda calificar la existencia del perjuicio «*in comento*» y encontrar o desestimar la verdadera causa de su acaecimiento.

Esto lleva a considerar y esclarecer si el daño realizado a la “oportunidad” es tal, puesto que en cada actividad existen desviaciones que no inciden en el arte del actor (por ej.: el médico es susceptible de caer en riesgos médicos iatrogénicos, o el abogado no puede garantizar las reflexiones del juez a su favor), los cuales corresponden al segmento negativo y normal como parte del riesgo propio de la actividad o profesión, y así descartarlos. Entonces, al conocer la materia podrá contemplar los efectos nocivos que de manera desnaturalizada han sido introducidos por un tercero.

En virtud a ello, «*la chance*» requiere de una valoración objetiva que se adapte al campo en el que se desenvuelve y requiere acreditación de elementos cuantitativos (por ej.: cuántas posibilidades tenía de evitar el perjuicio u obtener la ventaja) y cualitativos (por ej.: cuál era el desempeño de la persona dentro de la competencia o ámbito profesional), adicional a las aleas comunes de la profesión o actividad, aplicando la ley natural y el normal devenir de los hechos en cada materia y las leyes causales.

Se presenta un extracto del laudo arbitral de Costa Rica del año 2000, citado por Torrealba, las partes, el Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas ICIC, S.A. contra la Caja Costarricense del Seguro Social, en la que la primera de ellas demandó, entre otras cosas, «costo de oportunidad» como consecuencia del daño a la imagen y consecuente «pérdida de su clientela», el Tribunal *Ad hoc* sustentó lo siguiente: «La divulgación por los distintos medios de la suspensión del contrato (...) ocasionó un daño a la imagen de la actora que repercutió en su clientela y por ende en los ingresos esperados por aquella», y sigue diciendo: « (...) como pudo comprobarse por el señor perito con el análisis

histórico de sus ingresos y su comparación con los esperados en el período durante el cual estuvo suspendida por decisión unilateral de las CCSS la ejecución del contrato», « (...) no solo se perdieron los contratos en ejecución (daño directo) sino también no se concretaron los contratos potenciales propios del giro de dicha sociedad» (El subrayado es nuestro).

Como se desprende del extracto citado, el cuerpo arbitral pudo ceñirse únicamente al caso en particular del Instituto de Investigaciones con la Caja Costarricense del Seguro Social, ya que para determinar el alcance de su expectativa el equipo colegiado se adentró en el negocio, a fin de conocer la regularidad y afluencia normal de la operación comercial de la sociedad demandante con otras empresas, valiéndose de la ayuda de los expertos.

Al respecto de la profesión médica, Gallardo Castillo (en Vicandi, 2015, p.11) señala que la pérdida debe girar en torno a *lex artis* e inclusive anota que el cumplimiento de ella no es suficiente para situarnos ante la plena diligencia, sino que la misma debe desarrollarse en el momento oportuno y de forma necesaria: « (...) una actuación médica correcta, por circunstancias, también puede provocar un daño, o por lo menos no evitarlo».

En otras palabras, la expectativa es particular según cada caso, pero el despliegue de la actividad en el que se desarrolla, sin duda, juega un papel importante para deducir aspectos propios del arte; por ej. :si el juez desconoce la diferencia entre un contrato con efectos conmutativos y precisos con un contrato aleatorio poco de justicia podrá aplicar, incurriendo en aquella falta al reconocer un daño final que en realidad está sujeta a la incertidumbre por naturaleza para con los contratos aleatorios.

5.5. Es un daño actual

Tomando como referencia el estadio en el que se encuentra la demanda al momento de dictar sentencia, se debe tener en cuenta que la certeza del daño no solo va de la mano con la precisión axiológica de la equidad, sino también de un fragmento temporal; es decir, que debe ser actual, tangible, preciso y no supuesto de profecías.

Al indemnizar la pérdida de chance, la misma ya debe estar violada y legitimada por el accionante, figura que por obvias razones no admite más imprecisiones. La chance debió existir y su pérdida debe ser actual y estimable. (El factor «chance» no debe ser confundido con su expectativa futura, cuyos efectos positivos han sido desvanecidos o disminuidos por el agente).

Trigo Represas (en Hersalis 2009) lo tilda de daño actual resarcible, que se valora en la chance misma, en la pérdida de la oportunidad y prescinde del resultado final incierto, y no destaca el beneficio o ganancia frustrada, por ello que debe ser inferior a él.

No cabe duda que la evidencia de desaparición de las «*chances*» nos lleva a descartar que se trate de la indemnización de un daño futuro incierto, hipotético conjetural. El ejercicio consiste en vincular el hecho ilícito con una «*chance*» frustrada y cierta al momento de su reclamación, más no de inmediato con la expectativa de obtener ganancia o evitar perjuicios (el bien aleatorio).

5.6. No goza de simetría

La pérdida de oportunidad es un daño que no goza de simetría, esto resulta una dificultad para los acostumbrados a clasificar tajantemente los daños entre patrimonial o extrapatrimonial, o coloquialmente, entre material o moral.

Zavala de González (en Padilla, 2017, p.333) prefiere distinguir entre chances productivas: « (...) el beneficio esperado y que habría oportunidad de

alcanzar era de índole material o económico, en sentido amplio» y aquellas chances afectivas: « (...) las ventajas esperadas que el accionar antijurídico ha hecho desaparecer eran de cuestiones que atañen el bienestar e integridad espiritual».

Hay quienes consideran que el daño indemnizable en este aspecto es un daño patrimonial y otros un daño extrapatrimonial, claro está que en ocasiones las decisiones jurisdiccionales que adoptan la teoría se refieren a ella como un daño emergente, lucro cesante (material) y en otras a un daño moral (extrapatrimonial), lo cual ya desnaturaliza la figura, pero lo cierto es que admite una imprecisión del daño a indemnizar (Parra Sepúlveda, 2014, p. 371).

Si se analiza bien, el daño de pérdida de chance es asimétrico, las dos cosas a la vez como no es ninguno por entero. Su indemnización se basa en las expectativas que pueden encaminar a una ventaja material, y de igual manera asegurar el chance es indemnizar el dolor, una angustia, una molestia, una frustración, un descontento, por haber sido ubicado injustamente en una situación menos ventajosa a la que se encontraba antes perder la oportunidad, como un valor personal inmerso en el derecho a la oportunidad.

Es que la chance, como ocurre con el daño moral, no tiene precio que no esté sujeto a la discrecionalidad del juez; pero, imitar del todo este modo supondría no evaluar las posibilidades para indemnizar chances frustradas, (el precio que se pagó para obtenerla como esfuerzo de la víctima, el escenario construcción de su oportunidad cierta e incrementar exponencialmente el valor de esa posibilidad y concretarla).

En España, por ejemplo, se dice que cuando un abogado resta la posibilidad de ganar un litigio con resultados evidentemente patrimoniales se habla de un daño material o patrimonial (cfr. Sentencia de 26 de enero de 1999, etc.); pero, también se observan referencias que la describen como una

exigencia por la angustia o situación de frustración que se engloba en el campo del daño extrapatrimonial por perder la oportunidad de curación o supervivencia cuando de responsabilidad médica se habla (cfr. Sentencia 22 de mayo 2012), o la privación de chances de superación profesional, o ascenso que contiene daño patrimonial y extrapatrimonial al mismo tiempo.

Por su parte Hernández (2016) señaló en su conferencia en la Universidad Autónoma de México que la pérdida de oportunidad: «se va a dividir desde el punto de vista material como inmaterial. Material porque va a realizarse o manifestarse, presentarse dentro del patrimonio económico tangible realmente, dinero, la pérdida de una expectativa económica», y respecto a lo inmaterial: « (...) en una licitación o bien en la afectación de bienes inmateriales como es en la salud, como es en el cuerpo, una deficiente atención médica, un error en el diagnóstico, un error en el tratamiento, y pierde la oportunidad de una cura rápida o inmediata».

Torrealba (2015) explica en su conferencia: «*la pérdida de chance y lucro cesante*» que la cuestión en estudio puede versar en:

- Un daño material, pérdida de la oportunidad de generar un lucro o evitar un gasto.
- Un daño extrapatrimonial, como la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia, o de evitarse un daño moral de afección.
- Inclusive habla de los daños mixtos, como la privación de chance de superación profesional, en el que no solamente se damnifica el lucro esperado, sino también le causa una afectación.

5.7. Es acorde al principio de congruencia

La doctrina costarricense (Torrealba, 2015) y la jurisprudencia arbitral, así como la española y colombiana en materia administrativa, han sido partidarias en reconocer la pérdida de la oportunidad sin que la misma sea alegada por las partes, lo cual no se considera contrario al principio procesal de congruencia respecto a lo pedido. Esto se debe a que en la práctica lo usual es que se demande por el daño final y no por la fracción de la oportunidad, a fin de no «autolimitar» su radio de acción solamente a oportunidades cuando la indemnización podría ser total.

Para el autor nacional Jorge Fábrega «El principio de congruencia exige que el juzgador se pronuncie sobre todo lo que se pide y solo sobre lo que se pide, o sea, sobre todas las pretensiones sometidas a su examen, y sólo sobre ellas» (1989, p.142). En nuestro medio se encuentra regulado en el artículo 991 del Código Judicial: «La sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda o con posterioridad en los casos expresamente contemplados y con excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, si así lo exige la ley»; aparte: «No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto pretendido en la demanda».

Se estima que el petente confunde el daño final con las situaciones de hecho fáctico, en la que no necesariamente coinciden, sino hasta donde arrope lo justo; ej.: el médico no es responsable de la muerte de su paciente que llega con una grave enfermedad, sino por la chance de supervivencia perdida por retraso en el diagnóstico o tratamiento, lo que arruinó fue la probabilidad de vivir y el nexo causal no cubre el daño final, «el todo», por lo que la oportunidad perdida entra regularmente como un daño probado, aunque no expresamente alegado.

En la situación que antecede, si el juez optó por el reconocimiento de pérdida de oportunidad, esto no constituye una arbitraria decisión por el oficio

del imparcial, por consiguiente se debe a que fue el daño probado en el litigio, y que no contradice el deber del juzgador en impartir equidad y decidir la *Litis* por medio de sus facultades³¹. Aplicar la equidad en sí, ante el riesgo de la no realización del lucro, ya que elimina el exceso y depura el defecto (Torrealba, 2015).

Absorbe lo injusto del panorama jurídico y contradice, y desplaza entonces a la ambigua predilección legal del «*todo o nada*» (*All-or-Nothing*), ya que se indemniza solo el daño cierto y el tema versa más en un ajuste del concepto a indemnizar sin que de ningún modo deje de ser un «daño» ni «responsabilidad civil», por lo que no se está sentenciando fuera de lo exigido.

El actor pide indemnización por responsabilidad civil por daños irrogados, y como es de conocimiento, pedir 1 millón de dólares no convierte al petente en acreedor inmediato sino lo equivalente al daño probado, por lo que su petición figura más como un tope, como límite.

De igual modo no se puede indemnizar un lucro cesante si se está frente a un daño proporcional por pérdida de oportunidad. De tal manera se elimina el todo o nada y se procede con el concepto de término medio por pérdida de oportunidad, que no alcanza dar a la víctima algo fuera de lo pedido en el proceso («*extra petita*», «*ultra petita*», «*minus (o) infra petita*»), ya que su petición está basada en la indemnización del daño, y la «*perte d'une chance*» es una especie de este género y no desnaturaliza la petición con base en la responsabilidad civil.

³¹ Al respecto el Artículo 199 del Código Judicial señala los deberes generales de los magistrados y jueces, y en su numeral 7 indica que deben: «Resolver expresamente las cuestiones planteadas por las partes y decidir la *Litis* dentro de los límites en que fue propuesta por éstas cuando la ley exige su iniciativa; o fuera de estos límites, cuando la ley así lo faculte». Dar solución a las causas dentro de los parámetros del derecho aceptado es parte de sus funciones, tarea que le otorga amplias facultades interpretativas con base a la justicia, ya que es quien conoce el derecho.

Muy contrario a lo que comúnmente se comenta, esta figura se aproxima a la compensación integral ya que no se inhibe de indemnizar y adoptar lo justo, puesto que lo injusto sería una declaratoria de irresponsabilidad o una responsabilidad total, cuando el reclamante demostró que tenía oportunidades serias que fueron disminuidas según como ha acreditado³².

Razonablemente se reconoce la aplicación de la pérdida de oportunidad por el juez sin que ello signifique violación al principio de congruencia con sustento en los hechos fácticos y los daños probados en juicio; por ejemplo, el Consejo de Estado de Colombia, mediante resolución de 30 de agosto de 2017, caso Dolly Ballén contra Nación (Ministerio de Defensa, Policía Nacional – Dirección de Sanidad) sostuvo que: «Dado que el perjuicio autónomo que acá se indemniza no tuvo como génesis la muerte de la gemela que esperaba la señora Ballén Agredo, el monto a indemnizar no será propiamente el que corresponda a dicho fallecimiento, sino al de la pérdida de oportunidad de la otra gemela de salir con vida y al de sus familiares de verla nacer y crecer en el seno de su hogar. No obstante que, según el principio de congruencia, el juez en sus decisiones debe ceñirse estrictamente a las pretensiones de la demanda o a las razones de defensa y las excepciones que invoque o alegue el demandado». En ese sentido:

« (...) en el presente caso una interpretación integral de la demanda y de las demás actuaciones surtidas a lo largo del proceso permiten señalar que la causa petendi no se circunscribió exclusivamente a identificar el hecho dañoso con la muerte de la

³² Similar opinión se recoge en Sentencia No. 816 de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de 18 de Julio de 2012 cuando cita lo siguiente: «Es irrelevante, agrega, a los efectos de la causa de pedir y la congruencia, (...) que la calificación jurídica de daño como pérdida de chance no hubiera sido objeto de debate, pues, por una parte, las circunstancias fácticas que soportan (la causa de pedir) constan en los hechos de la demanda; por otra, la pretensión genérica de daños y perjuicios cubre todo posible daño indemnizable, incluida la pérdida de chance. Las partes ofrecen el hecho; el juez da el derecho».

gemela que esperaba la señora Ballén Agredo, sino que se extendió a establecer las falencias y omisiones del personal médico que estuvo a cargo de su embarazo, las cuales tuvieron como resultado la referida pérdida de oportunidad. Teniendo en cuenta lo dicho, la Sala considera que una suma justa por la pérdida de oportunidad de los demandantes de ver con vida a la gemela que esperaba la señora Dolly Ballén Agredo es 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de esta última, y 25 de esos mismos salarios, a favor de su hija, Dayana Alexandra Hernández Ballén.» (El subrayado es nuestro).

Por su parte, en España « (...) la pérdida de oportunidad, cuando se estime procedente, es una perspectiva que puede ser traída a colación por el juzgador, aunque no haya sido esgrimida en la pretensión» (Asúa, 2008, p. 74), por tanto, ello no ha sido objeto de discusión ni meritorio de pronunciamiento al respecto dado al principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho).

Asúa (2008), cita la sentencia de 10 de octubre de 1998, aquella que reconoce abiertamente la pérdida de oportunidad en materia médica por la magistratura de España, rescata que: «la privación de la expectativa es un resultado dañoso indemnizable y su toma en consideración no es incongruente con objeto de la *litis*» (p. 82). Por tal razón, el reconocimiento de esta figura muchas veces no será expresión directa del petente, pero la simple petición de indemnización de daños y perjuicios y el registro probatorio, permite deducir que estamos en presencia de una chance sacrificada, permitiendo al juez reconocerla por ser el llamado a «conocer el derecho y administrar correcta justicia».

5.8. La indemnización es proporcional y no total a la expectativa

Esto se debe a que la pérdida de chance viene comprometida con la posibilidad de su expectativa, incertidumbre de realizar un evento favorable o de evitar un perjuicio, situación que prohíbe que la indemnización no sea al entero del daño; revestida con gotas de imprecisión.

La indemnización, de llegar a concederse, no podrá abarcar la totalidad del menoscabo sufrido, es decir el 100%, por dos razones. La primera de ellas porque el perjuicio no ha sido ocasionado por la parte demandada, sino que estaba con cierta duda anterior a la relación con el agente (por ej. la enfermedad en oportunidad médica) y el segundo motivo es evidente, si bien se tiene conocimiento de que no se llevó a cabo una actividad necesaria, también es lógico pensar que no puede llegar a enlazarse la certeza de que el daño final se habría evitado de haberse desplegado los medios necesarios, rutinarios y convencionales (Vicandi 2015, p. 10).

Lo que ya estaba en contra de la víctima era el propio azar, la incertidumbre de conocer un resultado cierto aun si se elimina la conducta ilícita del agente, en otro ángulo, darle el nombre de chance a una situación en la cual se está ante la certeza, tanto en su configuración, cuantificación y realización fáctica del daño acaecido no es correcto; es como si le faltara el azar a los contratos aleatorios (Padilla, 2013).

Esto no deja de ser un debate, dado que los grados de probabilidad favorable varían para los afectados en cada caso, por lo que debe ser evaluado el beneficio víctima solamente, el umbral favorable objetivo que corresponde. Se aplica un porcentaje para ajustar el monto de la indemnización y como dice Torrealba (2015), rebanar las partes malas del alea; o bien, como anota Oliva Sabard (2018), «*Préjudice final non réparable*», ya que la pérdida de oportunidad no debe sustituir al daño final sino porcentuar las partes que corresponden a la negligencia y separarlas de aquellas que son del normal devenir de los hechos.

El problema de este presupuesto es que el juez o la defensa aprovechan la figura para no reconocer daños finales divorciados de cualquiera eventualidad so pretexto de estar ante una supuesta pérdida de oportunidad para disminuir la indemnización o justificar su inseguridad.

6. Naturaleza jurídica y su diferencia con otras figuras indemnizatorias

Lo esencial en este apartado es que la pérdida de oportunidad se trata de un daño particular, con propias características y particularidades se ha desarrollado en los pts.4 y 5 del presente cap.; no obstante, esto habitualmente se confunde con otros tipos de daño. Esto se deba quizás a la «reparación integral», porque de un solo hecho ilícito se demanda el reconocimiento y consecuente indemnización de varios detrimentos que provengan del mismo, por ejemplo: el caballo de carreras que «pierde la chance» de competir por retraso del transportista; así que, el dueño del animal tuvo que pagar una suma de dinero en concepto de penalidad a la organización como daño emergente, y sufrir un daño reputacional que arremete contra la trayectoria envidiable del caballo por un hecho fuera de la naturaleza de dicha actividad.

Ahora bien, se es de la posición de que la pérdida de la oportunidad es un daño subjetivo en cuanto a su reconocimiento, ya que requiere un esfuerzo extraordinario por parte del juzgador para analizar cada caso, aunque recaiga sobre la misma materia, las expectativas varían frecuentemente y dependen de hechos fácticos, situación que no corre con la misma suerte de tener que discutir cuándo un daño es objetivo, en el que solamente se discute a quién debe ser atribuible.

Se procede a diferenciarla de otros daños indemnizables para luego sustentar su naturaleza jurídica.

6.1. La distinción entre el daño y el perjuicio

A pesar que los términos daño y perjuicio son utilizados como sinónimos, en este trabajo merece hacer referencia a su correcto empleo, para aproximar al lector a una precisión y comprender cuando se ocupa de la naturaleza de la pérdida de la oportunidad. Pero se advierte de antemano, que para algunos no tiene ninguna utilidad.

Henao (1998), por ej., enfatiza que el daño es aquella producción negativa que se materializa y visualiza como manifestación del hecho ilícito, y por otra parte, el perjuicio es aquel detrimento que se enmarca en un segundo radio de acción, y que sufre la persona como consecuencia del daño.

Entonces el daño, es el deprecio inicial y el perjuicio todo aquel aminoramiento que ocasionó la llegada del daño (daño del daño); pero, lo normal es que al reconocer el daño también los perjuicios, por lo que no se permite su persecución independiente, so pretexto de alegar cosa juzgada.

El conductor del taxi que es colisionado por algún negligente, el primer círculo o grado que merece indemnización es el daño, como mal o dolor directo de la desgracia por haber sufrido un golpe y el destroce del vehículo. El perjuicio sería todo aquello que de ello dimana (el lucro cesante de cuota diaria, contratar a un abogado para la audiencia de tránsito, gastos médicos por síndrome de latigazo, etc.). Matar a un caballo de exhibición tendría como daño el precio del caballo, y como perjuicio el precio que regularmente generaba en cada evento de dos a tres veces por mes.

Por ello, comulgamos con Henao (1998, p. 76) cuando afirma que ambos conceptos «llaman la atención sobre formas diferentes de operar la responsabilidad civil, de concebir la legitimación en la causa para actuar y, por tanto, indemnizar».

Retornando al tema, normalmente el perjuicio es atribuible al lucro cesante y daño emergente como aquellos daños que son vibración del daño central, como si fueran los intereses y el daño el capital; pero, su distinción no forma parte de los requisitos de la responsabilidad civil; sin embargo, cobra importancia para la actividad probatoria al momento que el juez fija un monto por los daños y perjuicios acreditados.

De forma más sencilla, el perjuicio se trae a la víctima como consecuencia del daño. Se trata de aquel beneficio que se ha dejado de obtener o merma económica en la que se ha tenido que incurrir.

La jurisprudencia de Costa Rica parece entender esta diferencia por medio de Resolución No. 000263 de 26 de agosto de 2013, bajo la ponencia de Patricia Molina Escobar en el proceso Ordinario por Sucesión de Alicia Ara y A. Rodríguez contra Asociación Misionera Catequesis Luz de Cristo de Costa Rica, Tribunal Segundo Civil, Sección Primera:

«En el libelo visible a folios 7 y 8 del expediente, en el punto 5, el licenciado Vincenzi Guilá intentó cumplir con lo ordenado por el juez, refiriéndose a los daños y perjuicios, como si se tratara de extremos sinónimos o unívocos, de modo tal que no diferenció cuáles son los daños y perjuicios que pretende, sean indemnizados y la valoración específica de cada uno de ellos, sin deparar que esos conceptos se refieren a cuestiones distintas. Según el Diccionario Jurídico de María Laura Valletta, Valletta Ediciones, Argentina, 1999, el daño «en el ámbito de la responsabilidad civil, consiste en el resultado del acaecimiento de un hecho en virtud del actual se

genera una lesión, detrimento o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo de una persona. (...). Detrimento o destrucción de los bienes, a diferencia del lucro cesante»; por su parte, el perjuicio es «Daño, menoscabo o privación de ganancia lícita» (E.J. Couture, Vocabulario Jurídico, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1991); es decir, el daño consiste en la diferencia que media entre el estado actual del patrimonio que lo sufre y aquel que tendría si el hecho dañoso no se hubiera producido, de ahí que muchas veces se le identifique con el nombre de interés patrimonial o interés de la persona perjudicada. Con el perjuicio el patrimonio permanece en su estado actual, sin alteración; sin embargo, dejan de entrar en él valores que de otro modo lo hubieran incrementado. (...).» (El subrayado es nuestro).

La importancia de distinguirlos radica en que el daño en la pérdida de oportunidad es cierto y su perjuicio es variante según las posibilidades dificultosas de predecir, pero como no consta un valor preciso en esa expectativa, se toma en cuenta la ganancia lícita traducida a porcentajes de concreción.

A pesar que lo normal es que no exista tal diferencia, en la pérdida de oportunidad se considera necesario distinguir entre un evento dañoso de esta clase con o sin perjuicios. Ej.: en el caso del abogado que pierde el litigio por negligencia en recurrir por dejar vencer el término, he aquí un daño por la chance perdida, además el cliente deberá abonar la cuantía ordenada por el Juez, cuando pudo ser evitado o por lo menos haber luchado por un resultado favorable, un perjuicio adicional.

De similar cuestión sucede en materia médica en el que el galeno por negligencia lleva a su paciente a 0% de probabilidades o muy bajas de sobrevivir, en tal caso, su familia tendrá la pérdida concreta de oportunidad de supervivencia de su ser querido, lo que coincide con sus expectativas de evitar

el perjuicio, cuando en otrora existió esperanza cierta de evitar un daño con la chance y un perjuicio dimanante de las expectativas aniquiladas.

Es importante destacar que cada daño es autónomo, entonces salta a la vista la tarea de identificar cuáles son daños por sí, y cuales perjuicios de determinado daño; y así, esclarecer la lógica de la indemnización que persigue la pérdida de oportunidad, que como daño especial persigue los dos conceptos como «complementos inseparables» que tienen protagonismo en el acto de reconocimiento de la indemnización³³.

Claro está, este tema recae sobre la chance frustrada (daño) como ente indemnizable, cuando se solicita el reconocimiento de la ganancia o la merma que proseguía de la oportunidad despojada (perjuicio), aunque no faltará quien diga que dicha diferencia no es relevante, opinión que pasa a dubitable al momento de precisar el nexo causal y el *quantum* indemnizatorio.

6.2. Con el daño futuro y daño virtual

Al referirse al daño futuro, el autor argentino Zannnoni (1987) anota que el daño siempre es posterior al hecho «*evento damni*», pero debe existir certeza de que el daño va a ocurrir, aunque la misma no se haya producido al momento de reclamarlo.

Esto quiere decir que al referirse a daños futuros se debe ubicar en un punto temporal neutral, es decir: ¿futuros desde cuándo?, dado que los daños actuales hacen referencia al momento en que se presenta la demanda y futuros cuando todavía no han brotado sus efectos. Entonces expresa López Zavalía

³³ Reiterado es ver el ejemplo citado por Mazeaud en el que señala que el propietario es el que sufre el daño realmente y la propiedad el perjuicio que emana de ese daño.

citado por Zannoni (1987) que el Juez debe contemplar el «*tiempo ideal*» y no solamente el «*tiempo material*» (p. 68).

El jurista argentino resalta entonces que son daños futuros «los que, necesariamente; es decir, han de producirse luego del tiempo ideal o instante único que marca el momento de la sentencia» (Zannoni, 1987, p. 68) y «con certidumbre actual acaecerá más allá del tiempo ideal que culmina en la sentencia que condena a su resarcimiento» (p. 73).

De tal modo, la distinción del daño actual y del daño futuro descansa en el momento que se dicta la sentencia, toda vez que el daño actual es aquel que subsiste en el patrimonio al momento de la sentencia, y el futuro no existe, pero ciertamente se configurará luego de la decisión (Zannoni, 1987).

Por su parte, en la práctica los daños futuros han sido reconocidos siempre y cuando se acrediten como ciertos. No obstante, la confusión central radica en que se asimila daño cierto a actual, y por otro lado, daño futuro a eventual; premisa que ya ha sido superada porque no solamente revisten de certidumbre los daños presentes sino también los futuros, existiendo, sencillamente, una distinción al proyectar los efectos jurídicos en otra dimensión temporal (Peirano Facio, 2004).

Claro está que no se puede juzgar de ignorantes a los que tienen al daño futuro como daño conjetural o hipotético; puesto que, dichas confusiones son netamente aceptables en el mundo coloquial, al reconocer que no existe más incertidumbre en algo como en lo futuro, es lo menos garantizado para el individuo y de ello se desprende del popular adagio «Nadie sabe si mañana el sol saldrá para todos». Igual simbiosis ocurre cuando se hace énfasis en que una cosa es la pérdida de «*la chance*» y otra la pérdida de ganancias.

Con respecto al daño virtual, De Cupis (en Zannoni p. 323), sin hacer mención al concepto «virtual», refiere que todo daño futuro es relativo; dado que,

siempre se debe recurrir a una función profética del juzgador, quien no es dueño del tiempo, cuando un evento aún no existe.

Tamayo (1990, p. 15) asimila el daño virtual con el daño futuro, puesto que: «Como no hay un criterio *a priori* para delimitar el punto en el cual las probabilidades den lugar a considerar el daño futuro es cierto, se ha dicho que él es indemnizable cuando se tiene como virtual», y anota pues que «Virtual quiere decir que en el curso normal de los acontecimientos el daño muy seguramente se producirá». De tal modo no conviene diferenciarlo con el daño futuro para el estudio que nos compete.

Henao (1998) es uno de los autores que afirma que el resarcimiento por pérdida de la oportunidad puede ser del 100% de supuesta expectativa, procede a anotar un ejemplo elemental en casos de daño virtual «cuando el demandante se queja de no haber podido obtener un trabajo o una mejora en el trabajo que esperaba», si la víctima establece que: «fue privada de una oportunidad seria de obtener la renovación de su trabajo por un año», entonces salta a la duda que si por ser una oportunidad de obtener el trabajo ya no es una expectativa, entonces: ¿qué sentido tendría llamarlo oportunidad a un daño que es virtual, en que sus efectos beneficiosos eran certeros para la víctima?

Honestamente, se considera que tener plena certeza de la concreción del beneficio o evasión del perjuicio simplemente desnaturaliza la finalidad de la pérdida de la oportunidad, dado que ya nada se presume, convirtiéndose en una predicción segura que desplaza «las chances» por innecesarias, siendo lo siguiente indemnizar bajo el matiz de otro rubro: daño virtual o futuro en el que se alteró la realidad próxima.

Anota Velásquez Posada (2009, p. 237) que: « (...) cuando se demanda la reparación de un perjuicio virtual la indemnización debe ser total, pero

tratándose de pérdida de un chance u oportunidad, será parcial y en la medida de las posibilidades de éxito (...)».

Por consiguiente, es preciso resaltar que la mayor relación que tiene la pérdida de la oportunidad con el daño futuro es que para sus respectivos reconocimientos se toma en cuenta el normal devenir de los hechos,³⁴ pero: en el daño futuro se evalúa un daño cierto a indemnizar; sin embargo, en la pérdida de oportunidad también se toma en cuenta los presuntos efectos inciertos de la expectativa como referencia para ajustar el valor de la chance.

También se puede anotar que el daño futuro tiene como rubro el detrimento final desplazado en el tiempo; pero, la chance toma el evento final como una suposición para indemnizar un daño actual de posibilidades frustradas (ya desaparecidas) y en ello existe un detrimento, requiriendo así el doble juzgamiento de vínculo de causalidad, para obtener respuesta en si el agente ha frustrado la chance y si el resultado futuro que esperaba era preponderante, y así porcentuar las aleas.

El aspecto temporal sin duda cobra vital importancia en la apreciación indemnizable de la pérdida de la oportunidad cuando se hace una visión de la expectativa que se espera sin que ello constituya un daño futuro por intangible. Pero no cabe la menor duda que el daño futuro, el daño virtual y la pérdida de posibilidades utilizan la predictibilidad para lograr su resarcimiento, y la diferencia más práctica se obtiene ubicando la certeza del perjuicio. Ahora bien, el daño por pérdida de la oportunidad no debe presentar tantas complicaciones; dado que, al momento de entablar la reclamación ya debe existir una

³⁴ No podemos ignorar que el nivel de triunfar con la chance juega un rol determinante, puesto que no es lo mismo indemnizar la rodilla afectada tras una intervención quirúrgica innecesaria de un jugador de *football* que tiene mayores probabilidades de obtener el tercer título de la Liga de Campeones que uno de longeva edad a punto de retirarse cuyo palmares no es tan vistoso y cuyos equipos, para los cuales ha militado, nunca han llegado tan siquiera a participar en la referida competición. Ello no es parte del daño futuro.

oportunidad perdida, lo cual no resulta cuestionable en el tiempo más que su expectativa³⁵.

Tamayo Jaramillo (1990, p. 14), consciente de la dificultad que encierra profetizar los daños, complica la diferencia entre estas dos figuras al anotar que el daño futuro «a causa del alea del espacio, del tiempo y del ámbito fenoménico, la certeza funciona de manera relativa y solo la ley de las probabilidades permite afirmarlo».

Por supuesto, frases jurisprudenciales se prestan para confundir la pérdida de la oportunidad con un daño futuro virtualmente cierto, ej.: «En el presente caso tal criterio es aplicable, en virtud que existen altas probabilidades que la señora Xenia Marisol Troestch Aguilar, de por vida, tenga que tomar medicamentos por la afectación psicológica que se refleja a partir del accidente ocurrido el 7 de diciembre de 2004» (El subrayado es nuestro).

Vemos entonces el término «probabilidad» dentro del daño futuro hace parecer que se habla de «oportunidad» o de «chances». A continuación, se presentan las diferencias radicales:

- En el presente caso el daño futuro, considerando que lo venidero jamás será absolutamente cierto, si se hablara de pérdida de chance, el rubro a indemnizar sería «la oportunidad», actual al momento de su asimilación.

³⁵ Sencillo es diferenciar el daño actual futuro, o visto de otro modo, un daño sucesivo y que se prolonga en distintas épocas del tiempo ideal, desde que se realiza el hecho hasta el momento en que se emite la sentencia, en donde el juez tiene la oportunidad de apreciar los hechos acreditados para reconocer los distintos daños actuales, susceptible de estimación inmediata, pero en otros casos, en especial en materia médica, es común que existan daños futuros ciertos autónomos que prosiguen al deterioro de la salud, sin que los mismos no hayan cobrado efecto alguno al momento de la decisión. De igual manera debemos dejar claro que el daño futuro se encuentra como daño sucesivo, ya que a pesar de que dimana del mismo acto ilícito, es autónomo en estructura, inédito y no dependiente de daños previos.

- El daño futuro indemniza daños finales; mientras que, en la figura en estudio se indemnizan chances sacrificadas en base a la proporción de las posibilidades de éxito como consecuencias lesivas.
- En el daño futuro la probabilidad de ocurrir el daño es cierto dentro de su virtualidad, así como el nexo causal, pero en la pérdida de la oportunidad desaparece: «*La probabilidad*», y a partir de allí se empieza a especular pivotando sobre la causalidad algo imprecisa y unos daños no totales.
- En el daño futuro, su ocurrencia es producto directo del hecho del tercero que lesiona injustamente a la víctima, creando detrimentos a la persona y su patrimonio. En la pérdida de la oportunidad, la chance la desvanece el tercero, y la probabilidad siempre redundante en la persecución de un elemento a su favor aleatorio que no se puede achacar enteramente al agente (ganar un premio, curar o evitar deterioro a su salud, etc.).
- El daño futuro se plantea a raíz de una situación consolidada, un evento dañoso. Mientras tanto, la pérdida de la oportunidad se plantea a partir de una certeza de chance cuyas expectativas no se llegarán a consolidar, pero cuyo nivel de seriedad es tomado en cuenta para delimitar el rubro.

De tal manera, se concluye que en el caso de la señora Troestch se presentó una situación de inestabilidad emocional que «virtualmente» la supeditaría a terapia; dado que, presume la necesidad venidera de tomar pastillas con paliativo del daño final, pero la palabra «probabilidad» únicamente supone la realidad ontológica de nunca precisar el futuro.

6.3. Con el lucro cesante

En palabras de Velásquez (2009, p. 247) «Hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar, según el curso normal de los

acontecimientos, no ingresó ni ingresará al patrimonio de la víctima». Se hace la salvedad que el lucro cesante no siempre está relacionado con el futuro y que el daño no siempre recae sobre un beneficio dinerario o monetario ya que puede tratarse de beneficios, atribuciones o provechos.

La principal diferencia que tiene la pérdida de la oportunidad con el lucro cesante, es que el último ya tiene una licencia de lucro con el que se acredita ganancias determinadas o determinables que no se lograron. En cuanto a la pérdida de la oportunidad, la misma es precedente de un alea, una incertidumbre de lucro, ventaja, beneficio o perjuicio a evitar, aún no se tiene el título de lucro avalado lo cual se deja en evidencia en su indemnización: «la pérdida de oportunidad, a diferencia del lucro cesante, involucra siempre un fuerte elemento aleatorio y, por esto, justifica la reparación parcial y no completa de la ganancia perdida» (Tapia, 2015-2016, p. 249-250).

Respecto al resarcimiento, el lucro cesante indemniza toda la pérdida económicamente probada con dirección al daño final, situación que no es coincidente en la pérdida de la oportunidad, puesto que el alea no lo permite, no reconoce el total del daño sino un porcentaje del mismo, como consecuencia incertidumbre de la expectativa. Por otra parte, mientras el lucro cesante se tiene generalmente como un perjuicio que se desencadena por un daño previo, la pérdida de oportunidad es un daño siempre autónomo e independiente.

Mosset Iturraspe (1982) recomienda distinguir la situación definitiva, un hecho consumado, o si por el contrario depende de un acontecimiento a devenir del futuro incierto, como es la probabilidad de atenuación o agravación del daño ocurrido.

Sin tanta retórica, el lucro cesante es definido con bases en una situación existente, una relación jurídica que otorga patente para reclamar lucros; mientras que, la pérdida de la oportunidad se va mas allá evaluando una situación

inexistente al momento de calificarla (Henao, 1998, p. 184); verifica leyes de posibilidades, una esperanza seria en la expectativa, sin demostrar resultados precisos del patrimonio dejado de percibir, porque ello no supone una realidad infalible en estos casos. La pérdida de la oportunidad es más amplia, porque también indemniza aquellos que pertenecen a la rama extrapatrimonial, por ejemplo: la pérdida de sanar o curar, que para nada debe ser asimilada como un «lucro».

6.4. Con el daño emergente

Se dice entonces que el daño emergente es un resarcimiento que va encaminado a satisfacer el empobrecimiento material o pérdida por reponer algo (gastos de abogado, reparación del taxi colisionado, gastos médicos), en la cual debe incurrir el afectado por causa del hecho afectador. En otras palabras, es la participación del pasivo no esperado, materializado en desembolsos (cfr. Henao, 1998, p. 197), necesarios para restablecer las cosas a su estado anterior, y este daño puede ser aplicado en el antes, en el presente o en el futuro del proceso.

Habitualmente es un daño económico «*per se*» por ser un gasto en el que se debe incurrir, y a no puede ser considerado como extrapatrimonial. La pérdida de la oportunidad siempre es presente, al momento de incoar la reclamación, y por supuesto, no pretende restablecer la chance en sí sino indemnizarla, como si supone el daño emergente: «*el reembolso de los gastos incurridos*»; tampoco intenta reestablecer expectativas probables, sino asignarles valor.

6.5. Con el daño moral

Autores como Batalla (2010) consideran que al perderse una oportunidad se malogra una situación extrapatrimonial por medio de su estado más conocido, el daño moral. Entre estos postulados señala como ej.: la oportunidad de curar o sobrevivir, de superación personal, según el caso, corresponden a una afectación que sobrepasa el tema material, y por supuesto, se comparte la opinión de que estos rubros no tienen un valor pecuniario sino extrapatrimonial en la dignidad y el sufrimiento en carne propia en los casos médicos (literalmente).

Por su parte, autores como Zannoni (1987, p. 82) anotan tajantemente que «no debe confundirse la indemnización del daño extrapatrimonial (daño moral) que sufre la víctima por el ataque a derechos de la personalidad, con la reparación por la frustración de chances de orden patrimonial».

De Cupis (1975) ofrece el ejemplo del daño estético (deformaciones, cicatrices permanentes, mutilaciones, etc.) a la mujer joven, no solamente pierde la oportunidad de laborar explotando su belleza (azafata, modelo, recepcionista), sino hasta la oportunidad de matrimonio, lo cual repercute en un daño netamente moral de sufrimiento y agresión a sus sentimientos, lo que podría ubicar a la pérdida de la oportunidad como daño extrapatrimonial (género) y en lo particular netamente moral (especie), de cómo la ven otros, daño que no le interesa beneficio material alguno.

Siendo así, en este tipo de casos el autor italiano hace referencia a la pérdida de «chances matrimoniales en abstracto» con proyección a futuro,

posibilidad sujeta a debate, en cuanto al contenido de moralidad³⁶ o materialidad si se habla de matrimonios por conveniencia, sobrepasando nuestro estudio³⁷.

Retomando el tópico, se considera, entonces, que en el propio ejemplo de De Cupis existe el daño a la posibilidad de trabajar en algún lugar en el que sea indispensable la belleza. En lo particular, supone un daño de interés patrimonial referente a su sustento diario, de tal modo que los dos grandes pilares del daño: patrimonial y extrapatrimonial se revelan en las causas por pérdida de oportunidad sin duda y limitarlo a un daño exclusivamente «moral» (especie extrapatrimonial) no supone una correcta afirmación.

Ahora bien, el daño moral es normalmente confundido con la pérdida de oportunidad ya que « (...) la forma quizás menos incoherente de explicar el resarcimiento con base en la probabilidad de otros daños distintos del daño final, es calificándolos de morales y vinculando los mismos a la situación provocando por la propia incertidumbre». Se destaca que es confundido con su método de discrecionalidad para aplicar su indemnización.

6.6. Con el daño estético

Para Zannoni (1987, p. 161), el daño consiste en «toda desfiguración, afeamiento, deformación o mutilación en el cuerpo de la víctima a consecuencia del hecho dañoso». Se trata de una disminución estética ocasionado por la

³⁶ Uno de los elementos que ayudan a determinar un daño moral de un daño material es que, si bien al daño moral pueda dársele un precio o un valor, en realidad no resulta de apreciación económica.

³⁷ Zannoni (1987 p. 161 a 163) considera que no debe hacerse diferencia entre el daño estético y el daño moral, ya que aún, cuando la misma puede consistir en un daño derivado de la desfiguración o fealdad (la modelo, la azafata, el actor de cine), que incide en sus actividades profesionales/laborales o expectativas de la mismas, el daño moral consiste en el resarcimiento de la lesión a las afecciones íntimas, el dolor, el sufrimiento y la incertidumbre del grado de restablecimiento. Seguidamente afirma que el daño estético no puede ser parte del daño material, ya que siempre afecta un interés extrapatrimonial.

desfiguración del rostro o una parte del cuerpo, mutilaciones de miembros o cicatrices, con mayor incidencia las visibles, a lo que muchos autores la ubican como daño extrapatrimonial y erradamente hacen sinonimia con la especie daño moral.

Se considera, que el mismo no entraña por sí sólo un daño independiente al dolor, la angustia, la imagen que tengan los otros o uno de sí mismo, ya que incide en daños físicos, y a su vez podría recaer en daños patrimoniales por dejar de percibir los emolumentos que conseguiría sin esa cicatriz en el rostro en caso de que labore con su figura (reina de belleza, azafata, aeromoza, recepcionista, etc.), como lucro cesante y daño emergente para retornar su belleza, la pérdida de oportunidad de empleo, etc.

- El daño estético siempre ataca un daño extrapatrimonial con posibles efectos patrimoniales; la pérdida de la oportunidad indemniza la frustración cierta sin necesidad de otros daños subyacentes del mismo hecho y su interés es a la vez patrimonial como extrapatrimonial.
- El daño estético puede suponer un daño material que ataca el sentimiento del afectado porque afecta la imagen, el Adonái. La pérdida de la oportunidad es una categoría de daño especial que indemniza posibilidades ciertas mayormente abstractas.
- El bien jurídico tutelado en el ámbito estético es siempre una combinación entre belleza e integridad corporal y su malogrado afeamiento repercute en la personalidad; en pérdida de oportunidades la «*chance*» es el objeto sobre el cual recae la expectativa, aunque puede variar según cada caso.

Lo importante es no ser aislados de nuestro propio pensamiento, y entender que, un hecho ilícito por sí mismo puede generar la frustración de otras expectativas, tal es caso de que la víctima sea un actor de telenovelas sufriendo

una desfiguración en su rostro, por razones obvias, pierda toda “*chance*” de trabajar en la próxima producción.

6.7. Con el daño espiritual

Gherzi (1997, p. 69) con ánimos de definir el daño espiritual anota que: «La condición de persona del ser humano se engrandece y va conformándose a lo largo de la vida; en tanto y en cuanto, el hombre eleve su espiritualidad hacia lo absoluto, sea cual fuera el nombre con que lo designe y el culto que profese».

Por su parte, el carácter discrecional del juez cuando se trata de la evaluación con este tipo de daño radica en algo mucho más amplio que una «chance». El daño espiritual no dista de ser calificado por el juez como ocurre con el daño moral, que subjetivamente se enmarca como parte del daño extrapatrimonial.

Este tipo de daño arremete contra lo divino, lo espiritual, lo místico e interno de la persona, alejado de la vanidad y el aumento del ser, la paz y la tolerancia. Claro, resulta difícil extraer como se daña si ya forma parte de lo interno del individuo, como anota Gherzi (1997, p. 69) «lo más esencial y profundo que hay en cada uno de nosotros», pues de eso se trata, puesto que, la espiritualidad, también forma parte del individuo y por tanto, lleva el sello de bien jurídico tutelado.

Se podría afirmar, que se está frente al daño espiritual cuando se materializa o impide, frustra u obstaculiza el culto de la persona, su crecimiento interno, o el mero irrespeto a su religiosidad, que a diferencia del daño moral es perceptible en el actuar del individuo a través de su inclinación a ciertos gustos o abstinencia de actividades, pensamientos, razonamiento y juicio propio que han sido suficientes para ser reconocidos por el derecho.

Verdaderamente trasciende de las esferas cotidianas, pero ha sido traído a esta esfera como parte del reconocimiento de los derechos humanos, amplio y versátil como el derecho mismo, la humanidad, la sociedad, toda vez que existen corrientes monoteístas y politeístas, religiones, sectas, congregaciones, células u otras denominaciones que buscan rendir culto, el respeto a la fe, como lo contempla la Constitución Política de Panamá y otros de la región, dirigidos a respetar y dejar profesar a cada uno sus creencias.

Sus diferencias con la pérdida de la oportunidad traspasan de lo obvio, puesto que el daño espiritual se materializa y expresa como elemento de los derechos personalísimos del hombre, en lo íntimo del ser humano, hasta su manera de pensar; en ocasiones no existe bien jurídico más sagrado que este como la más alta referencia moralista del individuo.

También se entiende que en el daño espiritual no se trata de impedir chances a la espiritualidad, porque este es abstracto y supone en todo caso un daño personalísimo y final con propósito específico que no puede estar sujeto a fraccionamiento o porcentajes, por su incalculable y suprema apreciación del hombre que profesa la fe.

6.8. Con el daño psicológico, psíquico y la capacidad de creatividad

Este tipo de lesiones son evidencias de que los daños a indemnizar no siempre son tangibles; debido a que, existen lesiones que superan la esfera material y pasan al campo de lo extrapatrimonial liderado comúnmente por el daño moral.

El daño psíquico atropella en cierto modo el nivel sensorial que provoca inestabilidad o alienación mental, una neurosis postraumática (total o parcial) que limita la capacidad o tranquilidad de crear provechosamente, situación que por supuesto, constituye un daño indemnizable.

Se trata pues, de un daño orgánico exteriorizado por el individuo que afecta expresamente su integridad personal, lo cual puede basarse en una situación preexistente del individuo, en el que quizás ya gozaba de una disminución de las aptitudes psíquicas, pero por un evento ilícito es iniciado, agravado y evidenciado, afectando procesos mentales, sensaciones y percepciones del afectado, lo cual altera su relación con el medio social del cual forma parte.

Este daño debe ser reconocido como tal, sin importar si la víctima se encontraba empleado o no, si poseía ingresos o no, dado que se trata de un daño netamente inmaterial.

Por otro lado, está el daño psicológico, al cual se le ha reconocido autonomía conceptual (Bustamante, 1997) por el tipo de daño que causa en las personas, es tomado como un rubro tanto inmaterial como material, ya que su sola afección da lugar a gastos sustentables de modo económico, como gastos médicos de recuperación (cirugías, medicamentos, terapias, etc.).

Así pues, tanto los daños psíquicos como psicológicos engendran la posibilidad de limitar las tareas normales, cotidianas o habituales del individuo, llegando reducir inclusive su capacidad de laborar, lo cual sin duda puede desembocar en otro tipo de daño, como la pérdida de oportunidades cuando el beneficio apenas está a nivel de probable; aun así, se aclara que la chance debe ser cierta, el agredido ya debe estar en la jugada, por ejemplo: en el caso de la capacidad de creatividad, en la posibilidad de ejercerla eficaz y efectivamente (Ej.: ya ejercía la abogacía). Pero atención, un daño de este tipo eventualmente podría privar de oportunidades al individuo. Se puntualiza las diferencias:

- Ambos son daños autónomos que no están subordinados ni son consecuentes entre sí, por lo que el daño psicológico o psíquico no

suponen ser pasaporte para participar de la misma estructura de la pérdida de oportunidad.

- Reconoce la disminución sensorial y mental del individuo. La chance debió estar constituida y luego arruinada, por lo que no puede suponer meras expectativas irreales.
- La pérdida de chance no es traída habitualmente al mundo jurídico mediante este tipo de daños, puesto que se desarrolla en una gama incalculable de actividades.
- El bien jurídico tutelado en cada una de ellas es distinto, la primera soporta ser parte directa de la fisonomía y capacidad humana, mientras que la chance recae sobre expectativas dadas indirectamente (casos sanitarios no se pierde la salud o vida sino la curación y la supervivencia).

6.9. Con el daño a la vida de relación

El daño a la vida de relación tiene un incesante desarrollo en Colombia desde el año 2,000³⁸ y sus antecedentes se ubican en el daño filosófico respecto a la desaparición del agrado, el placer, o amenidad (en francés *préjudice d'agrement*).

³⁸ Actualmente en Colombia se habla de la «unificación de los daños extrapatrimoniales», básicamente porque las mismas suponen reflexiones extraordinarias por el juez, primero para su reconocimiento durante el litigio y segundo por el nivel discrecional de su valorización. Por otra parte, dentro de este contraste no vemos florecer a la pérdida de oportunidad por no ser exclusivamente inmaterial, ya que ha quedado demostrado que la pérdida de oportunidad no solo se dirige a este rubro sino también como daño patrimonial y su mecanismo común de evaluación se centra en las ventajas esperadas o perjuicios evitables que en su mayoría son contables económicamente.

Para Terazona, (2016) se entiende como la privación de los disfrutes y de las satisfacciones que la víctima podría esperar en la vida, de no haber ocurrido el accidente, que antes solamente se reconocían daños que devienen de las alteraciones a nivel orgánico, y no reconocía todas las situaciones que alteraban la vida en relación.

«El “*daño a la vida de relación*” consiste en aquella alteración en las condiciones de existencia de quien lo padece y que le privan de la realización de actividades placenteras, sociales o individuales, pero que resultan vitales para el individuo». Uribe (2010, p. 6); indemnizando con ellas las secuelas ocasionadas al sujeto en relación con su mundo, «existencia» - «cotidiana» (Tarazona, 2016).

Es aquel daño que se encuentra latente por alterar las condiciones de existencia del individuo, reduciéndolo a no gozar de diversos placeres de la vida, la merma de ejecutar ciertas actividades, lo cual lo ubica en una órbita extrapatrimonial (Henao, 1998, p. 255-256). No resulta ocioso aclarar que el Consejo de Estado de Colombia ha nominado esta forma de perjuicio en tres formas: «perjuicio fisiológico y luego daño a la vida de relación; finalmente, alteración a las condiciones de existencia» (Velásquez, 2009, p. 285).

Pero, se estima que no es daño moral porque es el daño de no recibir placer, y obstruye a la vez el pleno desarrollo del sujeto sin tropezar en ser menos que una afectación o dolor que se indemniza con el daño moral, afectando no solo las emociones, sino las vivencias alegres, placenteras, agradables, recreativas y que por lo general deviene del daño sufrido en alguna parte del cuerpo, la humanidad e integridad del individuo o derechos fundamentales de manera directa o indirecta (cuando recae sobre personas allegadas al reclamante)³⁹.

³⁹ Un antecedente sublime en nuestro medio puede ser el caso Moisés Martínez y Baldomer González, para que se condene al Idaan, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de Panamá, 2 de febrero de 2009,

Se desglosa del daño a la salud sin que apunte a este perjuicio, por ej.: bailar, ser modelo profesional, no poder tener relaciones sexuales, desplazarse por sus propias piernas, practicar deportes, de lo que se extrae que son perjuicios funcionales o estéticos que no permiten el goce pleno de la vida, o mejor dicho, el deterioro a la calidad de vida y que lo subsume a situaciones de estrés y exigencias que no son necesarias en el normal devenir de los hechos⁴⁰.

Esto ocurre por lo menos cuando una persona queda postrada en cama, en silla de ruedas, ciega, amputada de una pierna o cualquier derecho reconocido jurídicamente que traiga una consecuencia de limitante en el desenvolvimiento de la vida, disminuyendo previas habilidades físicas o psíquicas de gravedad y notorias para el derecho.

con la ponencia del Magistrado Adán Arnulfo Arjona:

«La lesión del señor Moisés Martínez se caracterizada por dolor de moderada intensidad, incapacidad funcional, cojera porque le quedó una pierna más corta que la otra que no le permite caminar distancias moderadas, le dificulta sentarse y levantarse de una silla, subir o bajar automóvil, subir o bajar escaleras, no puede agacharse, no puede correr, no puede saltar, y sus actividades de la vida diaria están moderadamente limitadas, ej. para vestirse» (...).

Adicional a ello, consta de que era alumno Academia Shotokan Karate - Do desde 4 de septiembre de 1987, en atención a certificación de esta institución de fecha 17 de septiembre de 1994, (f. 167), deporte que no pudo seguir practicando por la afectación física.

«Observa esta Sala que sin duda las lesiones físicas sufridas por el señor Martínez recaen en su configuración y aspecto físico, que se traduce en la afectación de sus sentimientos psíquicos, en sus emociones, en la frustración por las condiciones de incapacidad permanente en que quedó, por las limitaciones para desarrollarse y desenvolverse como ser individual y la limitaciones a su movilidad, en el dolor que aún padece, en la pérdida de oportunidad para disfrutar de una buena vida, ya que ha sido constantemente sometido a intervenciones quirúrgicas, desde el accidente».

En esta ocasión nuestra casa de justicia procede a reconocer el daño a la vida de relación sin siquiera mencionarlo, en el que sufre accidentes por terceras personas pero que a su vez afectan a la víctima en sus actividades rutinarias previas a los hechos ilícitos, ya que al mantener una pierna más corta que la otra se le imposibilita realizar karate, sembrando frustraciones en su vida por ser excluido de una actividad de disfrute. A rescatar que durante la lectura de esta jurisprudencia el juzdor no hace referencia expresa a este tipo de daño.

⁴⁰ Ampliar por medio de la lectura de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Casación Civil, 9 de diciembre de 2013, 88001-31-03-001-2002-00099-01, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez Colombia; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de mayo de 2008, 11001-3103-006-1997-09327-01, Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete.

Colombia dicta medidas reparatorias no pecuniarias a favor de la víctima y a su núcleo familiar más cercano, y excepcionalmente, cuando la misma no sea suficiente se puede otorgar una indemnización como equivalencia a la víctima directa sin que el mismo constituya daño a la salud (aunque existe la discusión en que el Consejo de Estado Colombiano utiliza el concepto «daño a la salud»).

Como es de suponer, las diferencias entre el daño a la vida de relación y la pérdida de oportunidad parecen ser algo delgadas, puesto que ambos refieren a posibles expectativas o sueños malogrados a causa de un tercero, difíciles de tasar, requieren de una alta discrecionalidad del juez y son conceptos no tradicionales del daño. A continuación:

- En el daño a la vida de relación las expectativas no necesariamente desaparecen, sino que son mucho más difíciles de lograr o son realizables pero acompañados de una permanente dificultad, por medio de ayuda o asistencias tecnológicas. En la pérdida de chance la expectativa ya no será.
- En la vida de relación la víctima se encuentra en goce del beneficio o ventaja o al menos era cierta y luego sufre cambio de vida para gozar de ellas durante su existencia, limitando el disfrute de las satisfacciones. La pérdida de la oportunidad elimina la chance del mapa y con ella la ventaja esperada, la expectativa que no llegó a evidenciarse.
- La vida de relación versa en un daño inmaterial toda vez que no es palpable sino a través de los sentimientos del afectado en su desenvolvimiento y su goce no se asemeja a la obtención del lucro. La pérdida de la oportunidad puede ser tanto patrimonial como extrapatrimonial.

- La vida de relación recae sobre placeres, relaciones humanas, las afecciones. La pérdida de la oportunidad abarca desde temas de salud, negocios, juegos de azar, etc.
- La vida de relación siempre tiene una connotación social, dado que se trata de la privación de los placeres de la vida y las actividades que hacen al ser autónomo. La pérdida de oportunidad busca lucro, ventaja, beneficio o evasión de perjuicios.
- Es más íntimo, interno y poco expreso, pero que se externa en la imposibilidad del individuo (entorno social y familiar); mientras que, la pérdida de oportunidad ataca varios escenarios (medicina, litigios judiciales, concursos de belleza, etc.).
- La vida de relación regularmente se reconoce en ámbitos que tienen que ver con derechos a la salud o la integridad física, cuestión que no es la constante en la pérdida de la oportunidad, salvo que se trate de la imposibilidad de obtener la curación o supervivencia.

6.10. Con el daño al proyecto de vida

El daño al proyecto de vida ha sido reconocido en el artículo 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación en Argentina cuando anota que la indemnización también comprende «las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida», materia que también ha sido abordada por juristas del Perú⁴¹ lo cual ha motivado estudios referentes a la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), respecto con otros países

⁴¹ Principalmente el caso María Elena Loayza Tamayo guarda relación con las torturas cuya autoría es atribuida a Fujimori y lo Derechos Humanos reclamados que imposibilitaban su desarrollo de vida.

(Guatemala, Ecuador, Paraguay, etc.) a cusa de daños irreparables a la víctima. De igual forma Italia y Francia bajo la denominación de «*daño existencial*».

Entrando en materia se tiene que el daño al proyecto de vida «será un daño que afecta la realización personal del individuo, derivado del menoscabo en su libertad (libertad para realizar ese proyecto)» Calderón (2005, p. 31 - 32).

Básicamente consiste en la involuntaria transformación del proyecto de vida y su plan de desarrollo personal, no solo del afectado, sino de su familia, sumando un daño agregado al que ya causa la merma, ya que es un daño extrapatrimonial en el que no se le puede devolver la realización o consecución de su plan de vida a la persona, limitando su libertad o retardando su destino personal por causa de un tercero.

Ambas figuras, pérdida de oportunidad y vida de relación son tan parecidas, que es posible encontrar referencias como: «pérdidas de oportunidades de desarrollar un proyecto de vida» y que ciertamente, «ofrecen una mayor dificultad de apreciación y cuantificación frente a los daños a la propiedad y al cuerpo que pueden medirse de manera natural» (Velásquez, 2009, p.102).

Al igual que el daño a la vida de relación se intenta ubicar este daño en los llamados daños a la salud, pero que en realidad recae sobre la persona. Diferencias notables con la oportunidad violada:

- El proyecto de vida es un daño existencial que recae sobre la realización de vida de la víctima que ya no posee la plena libertad de trazar los pasos a seguir o reestablecer su dignidad (puede ir de lo físico como una desaparición forzada o secuestro de una persona, libertad religiosa, ser infectado de una enfermedad venérea, etc.). La pérdida de oportunidad, excepcionalmente puede buscar la realización de los planes de vida en aquellos casos que el paciente busca una cura con expectativas de seguir

viviendo, pero esto pasa a segundo plano ya que es de manera indirecta, lo cual no es el rubro llamado a reparar.

- Ambas se encuentran ante un abanico de posibilidades en que todas quizás no se realizarán, pero en el daño de proyecto de vida se ataca al ser en el tiempo (Heidegger en Calderón, 2005, p.33), alterando su existencia y su esencia como hombre con propias características (física, emocional, intelectual y espiritual) su razón de ser, situación que no es un requisito esencial al momento de estudiar la chance, salvo en aquellos casos y según la materia, sean necesarios para estimar la posibilidad de certeza de la expectativa y el *quantum*, pero hasta allí.
- «La profesión del individuo, sus experiencias, sus estudios, sus movimientos estratégicos, generalmente estarán orientados a un proyecto a realizar, estos podrán ser algunos de los indicadores reales y concretos» (Calderón, 2005. P. 40), estudia al ser y el querer ser, encaminado a sus logros personales y su esencia de vivir. En el caso de la pérdida de oportunidad tales estimaciones son remotas y dirigidas a fines específicos que no engloben intimidad del afectado (ganar un premio, un concurso, un litigio, obtener una ganancia de un negocio, curar o sobrevivir).
- Ya no tiene libertad existencial para orientar sus deseos y el camino a tomar para lograr sus metas ante tal daño permanente. En la chance el reclamante no era dueño de su destino y porque esta era aleatoria, es decir, que no depende plenamente de decisiones personales y atributos que la persona nutre para obtener esos resultados precisos.

6.11. Con el daño contingente

El reconocimiento del daño contingente; es decir, daños que pueden acaecer como no acaecer, en el que la Ley civil chilena autoriza a quien por «temor» de ellos reclama ante el juez con el propósito que ordene al negligente que desaparezca este temeridad o latencia de peligro. Tal precepto reza así:

«Artículo 233. Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.»

Otros prefieren asimilar el daño contingente a la acción popular como cita Tamayo (1990, p. 81) (contaminación ambiental, contaminación de aguas o riesgo nuclear), como de similar modo cita el artículo 2359 del C. C. colombiano. El daño contingente es entonces la amenaza, peligro del daño latente y la búsqueda de evitar su realización⁴².

La confusión de la figura con otras figuras indemnizables no es de mayor envergadura; tiene un efecto mediato que es la imprecisión de la existencia «real» del daño y más bien analiza el peligro, por lo que no es común que se hable de «indemnización», sino más bien del restablecimiento de derechos, órdenes de «hacer» o «no hacer» dirigidos a impedir la propagación de los

⁴² La Ley No. 1 de julio de 1998 «General de Ambiente de la República de Panamá» logró un gran avance en esta materia, puesto que es una de las leyes que requiere la manifestación del daño para imputar responsabilidad a los agentes sin la necesidad de acreditar culpa, aplicando evidentemente la responsabilidad objetiva, pero cabe destacar que no tiene ese carácter de acción preventiva ante los «daños contingentes» o «riesgo o peligro de daño», aunque la doctrina y jurisprudencia nacional lo asimila a los derechos difusos, que descansan precisamente en un peligro de daño, pero se dirige a la parte que reclama, al referirse al interés o derecho que sólo se concreta en la medida en que se vea amenazado y decide pedir protección por posibles daños.

En Italia «derecho al ambiente sano», que otorga la facultad al juez de inhibir la actividad contaminante o adoptar medidas para reducir las consecuencias nocivas hasta los límites de la tolerabilidad (1974 en Génova).

daños, en el cual el demandante «regularmente» no recibe emolumentos en su patrimonio, sino que se ofrece una situación fuera de peligro.

El reconocimiento de este tipo de daño se aleja más de la realidad fáctica de existencia del daño en la pérdida de oportunidad, y es que esta simbiosis permite cuestionar que, si es posible demandar por daños contingentes que se aproximan a daños eventuales, que en caso de ocurrir serían socialmente graves (explosión de una planta nuclear), entonces, ¿cómo no indemnizar la chance ciertamente pérdida por causa de otro?

Entre las diferencias destacables se encuentra que el daño contingente se solicita en un momento previo a que los daños se desarrollen, utilizando la oportunidad de evitar ese perjuicio, mientras que en la oportunidad perdida una chance es inexorablemente sacrificada.

6.12. Posición

De todo lo anterior, se afirma que la pérdida de la oportunidad es un daño independiente y no una degradación del daño emergente o lucro cesante. Su indemnización es autónoma al reconocimiento de otros daños como consecuencia del hecho ilícito, sin importar que el mismo se desenvuelva en una relación contractual o en un evento extracontractual, de derecho privado o público.

Tiene la particularidad de evaluar dos estadios diferentes para expresar su preponderancia en el mundo jurídico, refiriéndose a la chance cierta frustrada como daño y el grado de probabilidad de expectativa o contingencia para asumir una decisión justa.

Pensar en un mundo jurídico en el cual no se indemnice la pérdida de la oportunidad, sería retrotraer el concepto de «reparación integral» tan mencionado a lo largo de esta obra. Y es que no se debe juzgar a una sociedad por el hecho de otro, ni mucho menos que la propia víctima tolere un daño injusto, ante ciertos postulados que se basan en la equidad (Tamayo, 1990) cuando una persona es desmejorada en su posición de obtención de ventajas.

Que la pérdida de la oportunidad como teoría suponga el detallado estudio de cada caso y sea difícil de determinar su indemnización no supone de ningún modo la supresión de su reconocimiento, se emplea muchas veces como una actitud social preventiva para que se tome consciencia del desenvolvimiento de las actividades y profesiones de quienes jamás aprenderán sino se la atribuye una carga, un costo por sus actos negligentes.

Esta figura ha demostrado que merece requisitos y características propias, que si bien, algunas coinciden con otros daños, la misma mantiene particularidades que en conjunto fomentan la apreciación de un daño singular y auténtico y demandar los presupuestos básicos de todo daño. En ese sentido suele ser parte del género, pero «*suigénérís*» en su especie, considerado inclusive como anormal, ya que goza de aquella particularidad en donde lo que se indemniza es la oportunidad de haber perdido ventajas o evitar perjuicios más que un daño corriente.

«En el terreno de las chances, queda patentizado que para ser daño jurídico no es necesario la vulneración de un derecho subjetivo, sino la mera esperanza probable de un beneficio o lucro, esperanza que de por sí no significa un derecho a reclamar algo a alguien (...) sino tan solo la posibilidad de lograr consolidar la adquisición de un bien jurídicamente protegido», (Gherzi, 1997, p. 401).

A llegado a tal grado de independencia que es utilizado como medio para fijar el nexo causal, implementación que no es posible con el lucro cesante o el daño emergente; quizás porque: «Su finalidad no es la de allanar la prueba al demandante, sino la de enlazar un nexo causal en aquellos asuntos en los que la causalidad no se encuentra demostrada al 100%, esto es, recorrer aquella parte del camino imposible para el actor» (Vicandi, 2015, p. 17).

Por otra parte, requiere de una extraordinaria reflexión del juzgador con el hecho que hace desaparecer la chance por el agente y la prueba que ciertamente acreditaría la potencia del logro que se hubiese ocasionado, situación que no merece más idoneidad en este daño por su particularidad, como una lesión en sí misma, es un daño y a la vez estima su perjuicio, en otras palabras, registra la existencia de dos lesiones distintas.

A pesar de ello, no indemniza el daño final; pero, sin su análisis o su evidencia como oportunidad perdida, no tendría utilidad de ser abordada, ya que en realidad no habría causado ningún daño real cuantificable en las proporciones de equivalentes expectativas.

Debe quedar claro, que la chance y el perjuicio final como estado real de la víctima, no se puede confundir en esta operación, pero hay un tipo de asociación entre ellos cuando la existencia, o mejor dicho porción de la pérdida de una oportunidad debe ser revelada. En otras palabras, para saber que se perdieron oportunidades de sobrevivir (oportunidad de supervivencia) es necesario tener certeza del daño final muerte (muerte), para luego realizar el cálculo de probabilidades del paciente de salir librado, en el evento de haber sido diagnosticado a tiempo (probabilidades en la expectativa). Esto no ocurre con otras figuras indemnizables.

Por si quedan dudas, la pérdida de oportunidad no puede ser analizada bajo parámetro alguno de los daños citados en el presente cap., aunque ciertamente tenga algo de similitud con varios de ellos.

Tampoco se observa cabida en la doctrina en aplicar analogía para obtener el resultado de la pérdida de oportunidad, esto se debe a que cuenta con una estructura diseñada que exige una de las mayores reflexiones del derecho de daños; y por su parte, la falta de su contenido en el derecho positivo no es óbice para que no se aplique, por ej.: las reglas del lucro cesante en la Ley es otorgada como guía y no como sustituto del juez, y como se explicará más adelante, la pérdida de oportunidad ya es parte del derecho positivo de Argentina, el derecho comercial internacional y próximamente en Francia⁴³.

6. Breve vistazo de la pérdida de oportunidad en el derecho comparado

En este apartado no se hace mención de todos los aportes doctrinales y jurisprudenciales sobre la pérdida de la oportunidad; sin embargo, cada país ha sido partícipe del desarrollo de la doctrina y colaborador de su estructura y modalidad de visualizarse, por lo que se hará mención especial del derecho comparado más relevante, con la innegable aceptabilidad progresiva por la mayoría de los países salvo casos excepcionales (Austria, Dinamarca, Suecia y Suiza, etc.).

⁴³ Como bien dijo una vez Larenz (1980, p. 374), ante la laguna legislativa se aplica «el traslado de una regla»; es decir, la analogía, la cual en nuestros días no existe figura que se equipara a la pérdida de oportunidad para lograr su correcta valorización de carácter problemático. Díez Picazo-Gullón (1992) destacaron que para la aplicación de la analogía se requieren al menos tres elementos: a) ninguna norma contempla de manera directa lo planteado; b) hay una norma que contempla un supuesto distinto de tal caso; y, c) Semejanza o similitud (analogía) entre el supuesto de hecho de la esa norma y el caso a decidir. Analogía sino es similar por ser más compleja, pero ya lo ha demostrado el derecho privado argentino e incontables veces el revolucionario derecho jurisprudencial francés, que la pérdida de oportunidad es un daño distinto, esto es así porque el daño en sí, la forma de ligar el nexo causal, la evaluación en su indemnización es diferente a cualquier supuesto de responsabilidad civil por quedar cortos de respuestas. Resulta incuestionable su particularidad de daño especial y su desarrollo se ha dado al paso firme de la reflexión del juez, del mismo modo que nació el enriquecimiento sin causa y la excesiva onerosidad.

Antes de dar un breve vistazo, «las reflexiones sobre la aceptación o no de la pérdida de oportunidad se deben hacer a la vista de la gestión de la probabilidad en cada sistema y los efectos que ello tenga. Un sistema realmente muy estricto con los niveles de seguridad requeridos, dejaría sin indemnización muchos casos de daños efectivamente causados» (Asúa, 2008, p. 69).

7.1. Francia

Hacer mención de Francia es hacer hincapié al epicentro de la pérdida de la oportunidad («*perte de chance, perte d'une chance, perte de chances o chance perdue*»), desde sus inicios hasta ahora, siendo su país de origen, mostrando una consolidación, en especial, por medio del Consejo de Estado Francés secundado por la Corte de Casación Civil de dicho país, con un amplio campo de aplicación, aportando junto con su doctrina, las principales reglas de implementación de reparación por pérdida de oportunidad, su no asimilación «igual» de entera ventaja y menor al beneficio esperado si se hubiera concretado (porción por no realizable), y en sí la evaluación de su indemnización, (regla de cálculo de probabilidad de que se realice el evento esperado antes de la chance frustrada) reconociendo desde el 25%, 50%, 80% y 90% como fracción del logro de la oportunidad perdida imaginando el posible resultado, el pronóstico de lo que nunca será.

En tal sentido, este país merece el reconocimiento por mantener los mayores aportes para resolver casos novedosos y abundantes que van desde concursos artísticos hasta materia médica y que mantiene el pleno desarrollo de la figura.

Así, por ejemplo, en el país galo se ensaya un proyecto de reforma al C. C. (Urvoa, 2017), que concierne al Título «*La Responsabilite Civile*», Capítulo II «*Les Conditions de la Responsabilité*»; Sección 1 «*Dispositions comunes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle*»; Sub-sección 1 «*Le préjudice réparable*». Aunque sea una notable novedad del derecho positivo, lo anterior nunca ha detenido a los franceses cuando se trata de tomar decisiones, como por ej.: la pérdida de chance, la excesiva onerosidad, el enriquecimiento ilícito, ya que estas figuras nacen del pretoriano y no del derecho escrito en sí.

Retornando, se presenta la propuesta de reforma: **Artículo 1238**. Solo constituye una pérdida de oportunidad reparable, la actual y cierta desaparición de una eventualidad favorable. Este daño debe medirse en la oportunidad perdida, y no puede ser igual a la ventaja que la chance procuraba como si ella estuviera realizada⁴⁴.

En este concepto positivo pretenden completar tanto situaciones contractuales como extracontractuales. Vendría a ser el primer Código Civil con una definición de la pérdida de oportunidad, alejándolo de ser un daño futuro por considerarlo actual. Los proyectos anteriores no mencionaban nada respecto a la certeza y realidad de la desaparición de la eventualidad (antes Catala- Viney, Terré), pero esta vez se mantienen fieles a los postulados jurisprudenciales con relación a dicha cualidad.

Así también se pretende incluir que la indemnización debe ser esencialmente proporcional a la eventualidad favorable perdida y, por ende

⁴⁴ Texto original en francés: «*Article 1238 “Seule constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d’une éventualité favorable. Le préjudice de perte de chance est distinct de l’avantage qu’aurait procuré cette chance si elle s’était réalisée”*».

limitada, ponderando su valor en la probabilidad de la realización de la ventaja esperada, esto se debe al elemento de incertidud de la expectativa.

Por su parte, se critica la no inclusión de la modalidad «posibilidad de evitar un perjuicio» dentro del concepto legal, lo cual como ya se dijo anteriormente, también constituye un evento favorable para la víctima, admitido abismalmente por la jurisprudencia francesa; propulsores de principios en esta doctrina como: «El pronóstico retrospectivo»; «La duda beneficia a la víctima».

Mediante dos fallos de fecha 7 de abril de 2016, la Corte de Casación volvió a la noción y evaluación del perjuicio de pérdida de chance. De hecho, el Tribunal Superior primero recuerda los contornos de esta noción que se permite reparar el daño resultante de la privación de una probabilidad razonable (n ° 15-14.888) y luego, en una segunda ocasión, las modalidades de evaluación del monto del importe de la indemnización por dicho daño (n. ° 15-14.342). Estas son las lecciones respectivas de estos dos juicios⁴⁵.

Afirmando entonces que la pérdida de oportunidad permite indemnizar este rubro cuando se refiera a la frustración de pérdidas serias y razonables. La figura en dicho país ha evolucionado tanto, que por medio de decisión de 5 de septiembre de 2015, el Tribunal de instancia reconoció la pérdida de oportunidad de supervivencia de un caballo por no ofrecerle tratamiento y salvarlo por la ausencia de exámenes: un diagnóstico erróneo y tardío, retrasando el suministro de antibióticos llevándolo a ser sacrificado.

⁴⁵ Texto original en francés: «Par deux arrêts en date du 7 avril 2016, la Cour de cassation est revenue sur la notion et l'évaluation du préjudice de perte de chance. En effet, la Haute juridiction rappelle dans un premier temps les contours de cette notion permettant de réparer le préjudice né de la privation d'une probabilité raisonnable (n° 15-14.888) puis, dans un second temps, les modalités d'évaluation du montant de l'indemnité réparant un tel préjudice (n° 15-14.342). Tels sont les enseignements respectifs de ces deux arrêts». (del francés).

Allí, el daño fue la pérdida de posibilidad de sobrevivir por lo que el valor ronda el precio de animal, lo cual, a diferencia de las personas, si tiene un valor perceptible económicamente como cosa animada y semoviente, adicional a que los jueces evaluaron un alto grado de supervivencia lo que pudo evitar su muerte por piedad, entre otros aspectos la expectativa de ganancia, el valor del caballo, la gravedad de la falla y la probabilidad de la expectativa de realización.

Vale destacar también que los franceses son precavidos al excluir los contratos aleatorios de una reclamación por daños y perjuicios por oportunidades perdidas, ya que las posibilidades y el azar son precisamente objetos del contrato y su eventual pérdida fue aceptada por las partes por adelantado.

7.2. Italia

En el país Mediterráneo se analizaron, en los inicios de la figura, casos relacionados con el Derecho Laboral por medio de la «*Corte di Cassazione*», reconociendo el resarcimiento por la «*perdita di chance*» de dos sujetos que habían visto desvanecidas sus oportunidades de ser contratados o ascendidos por una empresa, mediante resolución No. 6906 de 19 de noviembre de 1983. El empresario solicitó a la empresa de colocación una serie de trabajadores para una contratación, siendo estos sometidos a las pruebas físicas, pero no a las psicotécnicas, privándolos así de ser contratados.

El segundo caso, deliberado por medio de resolución No. 6506 de 19 de diciembre de 1985, reconoció el resarcimiento por pérdida de oportunidad a un sujeto que luego de participar en dos concursos de promoción profesional, venciendo el primero y superando el segundo, fue excluido de la prueba oral definitiva por aplicación de una norma y no fue tiempo después que se declaró

ilegal la participación en concursos convocados por la empresa de la que se era dependiente (cfr. Medina Alcoz, 2009).

La «*perdita di chance*» o en ciertos casos «*opportunita perdita*», «*perdita di occasione*», «*possibilità perdita*», durante sus primeros años en Italia ha sido de dificultoso reconocimiento. Empero, ahí se asume un amplio desarrollo doctrinal y muy parcamente jurisprudencial, desde mediados de los noventa hasta la actualidad ha evolucionado, en especial en responsabilidad médica.

Por otro lado, uno de los casos más simbólicos de la pérdida de oportunidad en Italia se ventiló en materia de rescisión contractual, por medio de una demanda interpuesta por un equipo de carreras contra su propio piloto por una supuesta «falta de voluntad de integrarse al equipo», dado que el conductor se comprometió a obtener el mejores resultados, y por la estricta interpretación, después de las primeras pruebas, la empresa excluye al piloto por vaticinar prematuramente malos resultados en sus compromisos.

El piloto, sin mediar mayores confrontaciones, contrademandó igualmente la rescisión del contrato por incumplido, el pago de la devolución del contrato y la indemnización por daños, perjuicios y pérdida de posibilidades, dado que fue excluido ilícitamente del Campeonato Intercontinental de Fórmula 3000, el cual comprometía su posibilidad de ser partícipe de la competición de Fórmula 1 (máxima de la disciplina deportiva), cuyo requisito obligatorio era haber competido previamente en ligas inferiores.

En ese sentido el Tribunal De Monza, en sentencia No. 147 de 1992 apuntó lo siguiente: La pérdida de oportunidad de ser contratado y ser partícipe de Fórmula Uno no era solo una eventualidad, sino que existía un valor de activo independiente cuando se produjo el daño. Este es un daño pecuniario, que

efectivamente sufrió porque el sujeto damnificado viene privado de una utilidad, que, por el contrario, habría obtenido en ausencia del incumplimiento causado⁴⁶.

En este caso se analizaron elementos como: el contrato, la indiscutible calidad profesional del conductor, la naturaleza y calidad de la oportunidad, el daño por rotura contractual y para resumir se liquidó el daño por pérdida de oportunidad a favor del piloto en 400 mil Euros.

A pesar de afirmaciones doctrinales como las de Bonnano (2009) respecto a que la pérdida de oportunidad como un daño autónomo resarcible es diferente al perjuicio final, con entidad económica en sí mismo, existente al momento de verificarse el evento dañoso, no resalta tal sintonía en las decisiones emitidas en Italia ya que lo relacionan constantemente con el lucro cesante, pero con la consecuente aplicación de los límites estrictos de causalidad que establece el artículo 1223 del C. C. Italiano⁴⁷.

Argumentando entonces, bajo este precepto legal, que existe una variante que verifica lo perjudicial para una persona en la facultad útil, que con certeza altamente probable, evitó un ingreso determinado o ventaja patrimonial que se ha dejado de percibir, siguiendo el modelo de lucro cesante atenuado y proporcional.

Otras de las posiciones que ha adoptado la doctrina italiana respecto a la «*perdita di chance*», se rescata del Tribunal de Roma, que ha llegado a afirmar que no constituye un bien patrimonial, sino que simplemente representa la

⁴⁶ Texto original en italiano: «*La perdita di chance di essere assunti e di essere ingaggiati in una scuderia di Formula Uno non è solo eventuale, ma esistente come valore patrimoniale autonomo al momento del verificarsi del danno. Si tratta di un danno patrimoniale effettivamente subito poiché il soggetto danneggiato viene privato di un'utilità che, viceversa, avrebbe ottenuto in assenza dell'inadempimento cagionato*».

⁴⁷ Artículo 1223. Compensación por daños. Por lo tanto, la compensación por daños debidos a incumplimiento o demora debe incluir la pérdida sufrida por el acreedor como pérdida de ganancias, ya que es una consecuencia directa e inmediata (1382, 1479, 2056 y siguientes).

nulidad de un presupuesto causal necesario para conseguir un resultado esperado, revisando en la chance un daño actual y emergente, diverso e inferior respecto al daño futuro teniendo por objeto el resultado final (Bonanno, 2009, p. 20), fundamentado del artículo 2054 del Código Civil Italiano⁴⁸.

Es toda una confusión, ya que se tiene como un daño presente y actual, pero con la diferencia que se intenta asimilar tanto con el lucro cesante y en ocasiones con el daño emergente, con la disimilitud de tener una evaluación económica autónoma por proporcional, por no llegar a ser un daño futuro, siendo suficiente acreditar el cálculo de probabilidades o presunciones del «resultado útil» (refiriéndose entonces al umbral favorable de la expectativa), tomado en cuenta para fijar el monto de la compensación.

7.3. España

Hoy en día, España ha aceptado esta figura ante la inquietud por desestimar reclamaciones por falta de acreditación de un preciso nexo causal, cuando su existencia era suficientemente probable, por lo que ha cedido a la flexibilidad de exigencia del nexo causal absoluto.

Al respecto Assensi (2013) señala con mucha confianza que el tema de la pérdida de la oportunidad se aplica en España desde los años cincuenta, situación que no parece tan alarmante, puesto que comparte frontera con el país de sus raíces, Francia; pero, los españoles en casos de negligencia profesional

⁴⁸ «Artículo 2054. Circulación de vehículos. Ver también Leyes Especiales de Seguros. El conductor de un vehículo sin guía ferroviaria está obligado a compensar el daño causado a personas o cosas haciendo circular el vehículo, si no prueba que ha hecho todo lo posible para evitar el daño. En el caso de una colisión entre vehículos, se presume, hasta que se demuestre lo contrario, que cada conductor también contribuyó a producir el daño sufrido por los vehículos individuales».

de la abogacía (ej.: deja transcurrir el plazo de prescripción de la acción en favor de su cliente en responsabilidad civil extracontractual).

Antes de ello, la pérdida de oportunidad, al menos en temas médicos, era analizada como una especie de daño moral cuando existía una tardanza en el tratamiento reduciendo las expectativas de curación; pero, para no ser cuestionados so pretexto de las exigencias del nexo causal cierto y ante las cuestionadas probabilidades de éxito de una intervención médica, resultaba mucho más fácil hablar de un daño en la angustia por la incertidumbre, el sufrimiento y la zozobra de la oportunidad (cfr. Asúa, 2008 p. 78 - 81).

Previo a la decisión de 10 de octubre de 1998, se analizaba una perspectiva de daño moral, ej.: la Sentencia del Tribunal de Superior (1ª) de 6 de julio de 1990, en el caso de un enfermo con dolor precordial con radiación a cuello y brazo no admitido en un hospital, remitido a otro centro, dejando de hablar y respirar en el trayecto, falleciendo a la llegada del nosocomio.

El Tribunal consideró la existencia de culpa del primer centro médico al rechazar la atención e ingreso del enfermo, pero supuso que el daño a indemnizar no era la muerte: « (...) la propia privación de la asistencia médica en cuanto supone una imposibilidad de tratamiento y, por tanto, una imposibilidad de curación; y, en la misma línea, que la negación de asistencia médica supone privar de un derecho constitucional, lo que por sí solo es indemnizable»; sigue diciendo: « (...) Su conculcación produce, al menos, un daño moral a aquellos que se ven privados del tal derecho, con la consiguiente obligación de repararlos por parte de quienes lo infringen».

En este país, la pérdida de oportunidad fue rechazada y luego fue gradualmente aceptada desde la década de los ochenta por los Juzgados y las Audiencias provinciales, mientras que el Tribunal Supremo se resistía, pero su plena aceptación se dio en los años 2000 (cfr. Vicandi, 2015, p.14). Por su parte,

desde lo Contencioso Administrativo se ha aplicado la teoría de la pérdida de oportunidad en aquellos casos en que se producen errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades y también aquellas relacionadas a la ausencia del consentimiento informado (Asúa, 2008, p. 15).

Autores como Medina Alcoz son más expresivos al anotar que la pérdida de oportunidad en materia sanitaria fue abiertamente reconocida en España el 10 de octubre de 1998 por medio del Tribunal Supremo, con génesis en la sentencia de Audiencia Provincial, célebre caso de no poder reconstruir la mano derecha de un obrero; aunque, también se dice que el primer caso de pérdida de oportunidad sanitaria se dio como omisión en hacer un segundo examen de amniocentesis, (debido a que el primero fracasó), por lo que no se informó a la madre que el producto tenía Síndrome de Down, quien habría optado por una interrupción voluntaria del embarazo.

El Tribunal Supremo, Sala 1ª, continuó con esta innovación, y mediante resolución de 10 de mayo de 2006 nuevamente reconoció la pérdida de oportunidad por violación al deber de informar, en el caso de una niña en el que se le diagnosticó un tumor en la pierna, y ante la probabilidad de que se malignizara, se aconsejó su extirpación; lo que ocasionó alteraciones en el nervio ciático y provocó una segunda operación, pero esta vez con mayores secuelas; por tal motivo se reconoció el daño a la pérdida de oportunidad, dado que, por no tratarse de una intervención urgente, no se informó debidamente a la paciente para desistir de la segunda operación a pesar de las primeras secuelas.

La evolución de esta figura ha sido la deseada, puesto que su reconocimiento inició por medio del Tribunal Supremo y fue replegándose a instancias inferiores especialmente de la jurisdicción contencioso-administrativa y ahora, desde las instancias inferiores está llegando al Alto Tribunal, a esta jurisdicción a lo Civil con amplia receptividad. Actualmente, la literatura jurídica española le dedica muchísima atención (Asúa, 2008, p. 15) y entre los

estudiosos españoles se mencionan a: Medina Alcoz, Yzquierdo Tolsada, Xiol Ríos, Álvaro Luna Yerga, Galán Cortés, Martín-Casals, etc.

Aun así, en España la víctima acostumbra a demandar dirigiendo su pretensión a un daño final, pero el que trae los porcentajes de probabilidades como: «pataleo de ahogado» es el demandado, quien busca de algún modo reducir la indemnización, y es precisamente ello lo que ha ocupado a los tribunales de justicia, en determinar porcentajes y números atendiendo a la relajación causal de la defensa. De tal modo, el juego de porcentajes nos permite determinar que ante la ausencia de un 100% se podría estar ante una incertidumbre causal y un daño por oportunidad perdida.

7.4. Estados Unidos, Inglaterra y el *Common Law*

En Estados Unidos, existen Estados que solo aceptan su aplicación en responsabilidad médica (Medina Alcoz, 2009, p. 38), y otros que no la admiten siquiera. Para autores como Yong (2001, p. 6 a 7), el país angloamericano resulta ser uno de los grandes pioneros de la doctrina, en lo que a materia médica se refiere⁴⁹.

Su desarrollo en los países del *Common Law* tiene como argumento que es el médico quien está en capacidad de evitar su negligencia. «*The loss of Chance Doctrine*», «*Chance Lost*» o «*Loss of Opportunities*» o también «*The Loss of Chance Recovery*», cobrando una inminente participación y ofreciendo balance frente a los excesos de la teoría «del todo o nada» (*All-or-Nothing*) con fundamento en las probabilidades.

⁴⁹ Entre los Estados que aceptan la figura en estudio tenemos Oklahoma, Massachusetts, Ohio, Colorado, South Dakota, Illinois, Louisiana, Kansas, Arkansas, Washington, Wyoming, Kentucky, Texas, Missouri, Arizona, Delaware, Indiana, Iowa, Montana, Nevada, New Jersey, New Mexico, New York, North Dakota, Pennsylvania, Wisconsin, West Virginia.

Zilich (2003, p. 680) hace referencia a un caso remoto de pérdida de oportunidad en los Estados Unidos que data de 1925: *Zinnel v. United States Shipping Bd. Emergency Fleet Corp.*; en el que se discutió sobre la vida de un marinero que cayó a la borda y no pudo ser rescatado, siendo el debate la culpa de un resultado que no se podía comprobar. Tras la ausencia de una cuerda de tres pies por encima de la cubierta y cuya existencia no implicaría la certeza de que el marinero habría sujetado la misma o de sujetarla habría detenido su caída y salvarse, se cuestionó la pérdida de oportunidad de no caer fuera de borda ante la existencia de la discutida cuerda de seguridad.

Se dice entonces que en Estados Unidos esta teoría cobró importancia en 1981, cuando «La Ley de Yale» publicó el artículo del profesor Joseph H. King, Jr. «*Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexting Conditions and Future Consequences*» (cfr. Koch, 2010, p. 605, Viorst, 2007, p. 27, Zilich, 2003, p. 684,), resaltando un valioso aporte a esta teoría en las esferas del *Common Law*:

La pérdida de posibilidades de lograr un resultado favorable o de evitar una consecuencia adversa debe ser compensable y debe valorarse de manera apropiada, en lugar de tratarse como una propuesta de todo o nada. Las condiciones preexistentes deben, por supuesto, tomarse en cuenta al valorar el interés destruido. Sin embargo, cuando esas condiciones preexistentes no han preordenado absolutamente un resultado adverso, la posibilidad de evitarlo debería compensarse adecuadamente, incluso si esa posibilidad no es mejor que antes.⁵⁰

⁵⁰ Texto original en inglés: «*The loss of chance of achieving a favorable outcome or of avoiding an adverse consequence should be compensable and should be valued appropriately, rather than treated as an all-or-nothing proposition. Preexisting conditions must, of course, be taken into account in valuing the interest destroyed. When those preexisting conditions have not absolutely preordainse an adverse outcome,*

Las opiniones de la pérdida de oportunidad de Joseph H. King son tan relevantes en la responsabilidad médica, que Luna Yerga (2005), lo considera como pionero y agitador de la necesidad de estudiar «la causalidad en conexión con el proceso de identificación y determinación del valor del interés destruido (Valuation)», a pesar que en Francia (1968) ya se ensayaba los supuestos de oportunidad de curación.

Contrario a lo que sostienen otras legislaciones, en Estados Unidos no se permite que los proveedores de la atención médica se beneficien de la incertidumbre creada por su propia negligencia para minimizar o «parcelar» su responsabilidad en aquellos casos en que los pacientes tendrían una oportunidad significativa de sobrevivir o de recuperarse, como en España.

Igualmente, se habla de 20% o 30%, y han llegado hasta el 11% de reconocimiento de oportunidad perdida como sustancial (*Jeanes v Milner* en Viorst, 2007, p. 29). Muy bajo para nuestro concepto en comparación a otras jurisdicciones. Sostienen que la pérdida de oportunidad no necesita ser «sustancial» o «significante» ya que es indemnizable en la misma medida que la negligencia ha reducido la oportunidad de recuperarse.

Por otro lado, Tribunales como el de Illinois opinan que el nexo causal se resuelve con el análisis de la causa próxima, y basta probar con que el galeno ha incrementado el riesgo del daño, o arruinado la oportunidad de «*recovery*» (recuperación) a un grado razonable de certeza médica, demostrando detrimento de supervivencia por parte del galeno, ante la posible existencia de un resultado favorable en la salud del paciente y que es aniquilada por el experto de la ciencia (Zupanci, 2014).

however, the chance of avoiding it should be appropriately compensated even if that chance is not better than even».

En este país, el método de indemnización mayormente aprobado es el de «*percentage probability*» (probabilidad porcentual), una vez que la negligencia y el nexo causal es acreditado, el daño se obtiene multiplicando las chances de recuperación por el valor total de la completa recuperación, lo cual supone que el juez dio precio a la vida o al miembro perdido o en peligro de perder. Se fija, entonces, un valor total y de ello se reconoce un porcentaje que es semejante al porcentaje de la chance favorable, ej.: 40% de probabilidades de curar, reconoce valor económico del 40% del total sin analizar cuánto porcentaje fue reducido por el agente.

Esto es así, puesto que, si se rechaza su aplicación, un médico escaparía de responsabilidad aún en el caso de la más grave negligencia. Por tan pequeño que sea, tiene un valor indemnizable. Sin duda el sistema del *Common Law* ha tenido un crecimiento más flexible cuando se refiere a la verificación del umbral en cuanto a materia médica se refiere, y aplica mayor severidad en sus condenas

Por otro lado, Inglaterra, no solamente reconoce la figura, sino que, junto con Francia, se le considera precursora de la misma (desde 1911 con *Chaplin v Hichs*). En este país se estima el «*it might have been*» (el pudo ser).

Otra noción que conjugan los anglosajones con la pérdida de oportunidad es el evento «*more likely than not*» (más probable que no) causado por el incumplimiento del agente; convierte al suceso en un daño indiscutiblemente indemnizable (Hill, 1991), toda vez que el acto negligente es una causa sustancial de la pérdida de la chance de supervivencia (Allen, 2017), pero esto se obtiene, en primer plano, con la estadística que considera que la participación del agente fue influyente para perder la oportunidad, pero huelga decir que el *Common Law* no evalúa la chance solamente en suposiciones abstractas por medio de estadísticas.

Según Hill se reconocen «chances personales» en aquellos casos que envuelven una hipótesis que merece ser estimada por medio de «chances estadísticas», esta última, como mencionamos, no admite ser por sí misma indemnizable, ya que no analiza al sujeto de la oportunidad, sino la mera ley de las probabilidades.

Se refiere al “*Personal Chance*”, esto quiere decir que evalúan la situación puntual y en concreto del afectado, y dan rienda suelta a que el afectado demuestre su chance particular, sin optar por referencias basadas en muestras ajenas, como más o menos ocurre en nuestro medio.

Esto es así porque la estadística es basada en la historia médica, el pasado de otros pacientes, en el que se evalúan a largo plazo las expectativas de supervivencia de los anteriores, por lo que dichas apreciaciones estarían basadas en ideas equivocadas, cuando afirma que cada paciente tiene una chance personal de sobrevivir, una chance «individual» (Hill, 1991, p. 512), y las estadísticas solamente sirven como referencias para aproximar al juez a la realidad común.

En el caso occidental usualmente se hace un estudio de cada caso con base a una franja imaginaria, en el que se le asigna un plazo o cantidad de supervivencia a largo plazo a todos los individuos que padecen de una misma enfermedad; pero, para los angloamericanos se cuestiona individualmente que ha perdido cada paciente, el estado en que se encuentra, básicamente por tratarse de organismos con reacciones individuales, puesto que puede ser que el cáncer de determinado paciente sea el más grave, situación que se sale del margen regular de la estadística en el tiempo y estado en el que se encuentran regularmente los pacientes.

El paciente no tenía oportunidades de sobrevivir y habría muerto de todas maneras, por lo que esas estadísticas que indican que tenía 5 años de vida no le

eran aplicables. «Chance estadística» vs. «Chance individual», la primera de ellas sirve como marco de referencia con reducida participación al momento de asignar responsabilidad, más que aproximar la realidad común de una enfermedad (Hill, 1991), pero a largo plazo podría resultar que las expectativas de vida del paciente no se redujeron como el común denominador desarrolla.

El tumor del paciente estaba ubicado en una zona de difícil acceso, a tal nivel que el riesgo aumentaría en comparación a los casos normales; el minúsculo tamaño del tumor también lo hizo poco probable de detección inicial aplicando las pruebas adecuadas, lo cual de inmediato rechaza a este paciente de las estadísticas promedio y se evalúa una oportunidad de supervivencia menor a la de los demás; pero también sucede a la inversa, en que el tratamiento pudo ser relativamente sencillo, toda vez que el acceso fue detectable y operable.

Lo que trata de demostrar esta afirmación es que, si se ubica un nivel de supervivencia o de curación de una persona en el 30% de curación y 70% de no curación; al usar las tablas estadísticas se estaría en presencia de una injusta evaluación por impersonal, ya que debe hacerse una adecuada apreciación para ubicar el porcentaje que realmente corresponde. De cada 100 personas 10 se curan y se procede a indemnizar la chance perdida por falta de diagnóstico, ¿y que si el sujeto era parte del 10%? A esto se refiere.

Los niños que sufren de glaucoma por residir en un vecindario colindante a una fábrica nuclear tienen un riesgo mayor que el promedio nacional, por lo cual no podría considerarse la chance estadística, dado que la enfermedad tuvo un desarrollo distinto en este sector. La chance estadística no tiene compensación certera evaluable (cfr. Hill, 1991, p. 516).

En términos generales, el *Common Law* ofrece menos errores que en los inicios de la pérdida de oportunidad, principalmente en cuanto a porcentajes se

refiere, pues computa la indemnización esperada y efectivamente recibida por los demandantes (Luna Yerga, 2005, p. 6); es decir, la «chance particular» y no únicamente la «chance estadística», quizás es por ello que se reconocen umbrales positivos frustrados de muy bajo porcentaje (30%, 20%, 11%), analizados según el caso en concreto.

Otro de los motivos por la cual se considera que existe el reconocimiento de chances frustradas con índices bajos de probabilidad favorable, es porque en sus juicios tratan de acechar a ese evidente actuar negligente como juicio ejemplarizante para que no se vuelva a repetir, sin discreción, y no por el hecho de tener bajas expectativas se deje al paciente o a la víctima a su propia suerte.

7.5. Brasil

En Brasil parecen entender bastante bien la figura, pero por algún motivo tienen la tendencia de encasillarla como un daño moral del cual deriva lucro cesante y daño emergente ante una actual posibilidad frustrada (Moreira, 2008, p. 179), algo más confuso que la tendencia italiana.

Reis y Nascimento (2018) señalan que la primera vez que se registra de forma expresa «*da perda de uma chance*» se da en el 2013, por medio de un proceso de responsabilidad civil por la conducta omisiva y culposa de un abogado por la impetración de mandamiento fuera del plazo y sin instruirlo con los documentos necesarios, frustrando la posibilidad del cliente de ser aprobado en concurso público y ser nominado al cargo pretendido.

Referencia especial merece la pérdida de oportunidad en Brasil, dado que alcanzó las orillas del derecho social, específicamente el derecho de familia,

desarrollando la pérdida de una chance por el abandono paterno, modalidad que encierra las relaciones personales, los sentimientos, los miedos e inseguridades de los menores de edad, sus frustraciones, como una situación de desequilibrio psicológico, social y económico del niño como causa del abandono, centrado en principios de afectividad.

Una pérdida de obtener un resultado favorable cuyo antecedente descansa en el abandono familiar, más allá de lo afectivo, en esa oportunidad de educación y ayuda económica de su padre para prepararse adecuadamente para la vida, el mercado de trabajo, infante que mantiene una condición de analfabeto en una era de tecnología.

No obstante lo anterior, se recuerda que Brasil se ubica entre los países más grandes del mundo, tanto en territorio y población, con desigualdades económicas abismales, en el que se trata de salvar a la juventud de la delincuencia y ofrecerles mejores oportunidades, lo que permite que la teoría en estudio se desarrolle con dicho sentido.

Obviamente, una educación formal no siempre garantiza la llegada de un profesional exitoso, pero se juzga al padre por quemar el puente por el que pudo pasar su hijo, asimilado a un acto ilícito, cuando pudo optar por actuar diferente (cfr. *Apelação Cível* nº 2011.043951-1. *Órgão Julgador* 3ª *Câmara de Direito Civil*, 6 de set.2011).

7.6. Argentina

Los argentinos podrían ser categorizados como los más osados y revolucionarios en la aplicación y conjugación de la norma a nivel latinoamericano, y posiblemente sea el país de la región que no presta ningún

inconveniente al momento de reconocer la chance frustrada, como se puede encontrar a nivel jurisprudencial y doctrinal.

Autores como Bustamante Alsina, Orgaz, Zannoni, Ghersi, Weingarten y otros, se han ocupado de esta figura con evidente apoyo de referencias francesas.

Curiosamente en Argentina, la doctrina se agitó como un medio de defensa como argumento de apelación de la representación de un médico. En aquella ocasión se consideró que si se condenaba al galeno por la muerte o la incapacidad se reparaba un porcentaje superior al daño probado cuando el demandante ya tenía una dolencia producto de un accidente laboral con una preponderante reacción autónoma, que de por sí ya no permitían su recuperación. (cfr. Sentencia N° 30229 de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Mendoza, 19 de noviembre de 2007).

Pese a que es muy difícil conseguir las jurisprudencias de manera integral de Argentina y solo se obtiene extractos de ella, se citan algunos casos interesantes que menciona Sánchez y Figueroa (2014, p. 47-48):

Se demandó al Fisco de Buenos Aires y a dos facultativos de un centro médico público por muerte de la hija recién nacida, por deficiente atención médica al no verificar lo esencial para realizar su traslado al Hospital de Niños que contaba con los medios idóneos para lograr su sobrevivencia, dado que se esperó más de lo normal. (cfr. Sentencia de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, Cusa C- 70477 del 1 de abril de 2004).

La pretensión fue aceptada, pero al recurrir el cuerpo facultativo, la segunda instancia estimó que el dictamen pericial no encontró mérito; es decir, no se sabe si el tiempo de demora ha incidido en la posibilidad de éxito de la salud de la criatura, ya estando en presencia de un cuadro gravísimo, donde el porcentaje de fallecimiento por esta causa en centros de alta complejidad es

elevado. Sin embargo, se aceptó una demora que oscila entre 13 y 18 minutos como lapso relevante: « (...) la inmediata asistencia y correcto traslado del paciente pudo revertir el pronóstico, ya sea por un equipo médico adiestrado para el tratamiento del cuadro, ejemplo terapia intensiva neonatal o una adecuada y fluida derivación, en las mejores condiciones posibles».

Es curioso, como en diferentes latitudes del mundo existen datos disímiles en la aplicación de la chance, por lo que en el caso de Argentina se resalta que la misma fue aplicada por los facultativos como mecanismo de defensa para lograr una menor condena, pero no existe más interés que hacer mención de su derecho positivo que contempla a la pérdida la oportunidad como indemnizable, siendo indiscutible algún cuestionamiento de su existencia. Hablamos del Código Civil y Comercial de la Nación:

«Artículo 1738. Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Artículo 1739. Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.» (El subrayado es nuestro)

En primer lugar, la redacción del artículo 1739 hace énfasis en la «incertidumbre causal», como una fábula de los incrédulos de esta teoría y parte de la idea de tener que asignar a esta modalidad de indemnización valor en la

expectativa: «razonabilidad de la contingencia», que al menos haya tenido la seria posibilidad de ser cierta. Esto quiere decir que su nivel de impacto es elemental para valorizar la chance.

En segundo lugar, se hace referencia «al hecho generador con suficiente relación causal». Al respecto, el Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1726, solo da pie a reconocer daños producto del nexo causal adecuado, pero esto admite acreditar las consecuencias «inmediatas» (las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas), y por otro lado, las consecuencias «mediatas» (resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto y resultan previsibles), son indemnizables salvo norma que expresamente lo contradiga.

En las consecuencias mediatas la conexión con el hecho que la produjo no es directa, pero también existe una tercera categoría, las consecuencias «causales» (aquellas mediatas pero que no son previsibles por ser casos fortuitos que ocurren en forma inesperada interrumpiendo el normal desarrollo del proceso causal) (cfr. art. 1727), que no suponen consecuencias «remotas» que no tienen preponderancia en el mundo del derecho, sino sobre aquellas que no forman parte de la habitualidad y de la lógica previsible.

7.8. Colombia

Este país ha sido pujante en materia de reparación de daños por parte del Estado. En su Constitución Política de 1991, artículo 90, pensó en un sistema de responsabilidad estatal objetiva; pero, que únicamente se aplicaría como excepción frente al factor subjetivo de atribución tradicional⁵¹.

⁵¹ Constitución Política de Colombia: «Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido

Por ello es que el Consejo de Estado y la jurisprudencia administrativa comenzó a reconocer la aplicación de las chances frustradas en materia de concursos públicos y exámenes laborales cuando las personas tenían buenos resultados, pero por error de cálculo no se otorgaba el puesto meritorio, reconociéndole una pérdida de oportunidad (Gutiérrez y Gómez, 2017).

Así también sucedió con los contratos estatales y en la responsabilidad médico-sanitaria del Estado y posteriormente en temas de responsabilidad sanitaria en general, y muy escasamente se ha ocupado de ello la Sala Civil, pero cuyo reconocimiento ha sido de daño autónomo. No obstante, respecto a lo Contencioso-Administrativo y la responsabilidad estatal, financieramente la objetividad ha ido en retroceso, dado que no se puede considerar en todos los casos de objetiva la responsabilidad del Estado, por lo que se recurrió a la falla como siempre se ha dado, inclusive en temas médicos.

Sostiene Gutiérrez y Gómez (2017) que la primera vez que se utilizó esta figura fue en 1999, a través del Consejo de Estado de Colombia, un caso de falla en el servicio médico en el que no se pudo vincular la causa de muerte con dicha falla, pero tampoco se descartó la posibilidad frustrada por oportunidad perdida.

En Colombia, la frustración de evitar un evento perjudicial fue la tónica en el Consejo de Estado y la Sala Civil, con mucha variedades de casos en sus inicios de pérdida de oportunidad de «curación» y de «supervivencia», por ej.: la pérdida de curación o sobrevivencia de un paciente por la falta de coordinación de ambulancia con el centro médico (cfr. sentencia de Navarra del Tribunal Supremo de justicia 8 de noviembre de 1993), que si bien no se reconoció «como tal», su esencia radica en un daño en la merma de oportunidad del

consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste».

paciente en requerir atención. En este caso, la pérdida de oportunidad se situaba como «un daño moral por privación del derecho a la asistencia médica», como ocurrió en España.

Como bien anota Sánchez y Figueroa (2014) esta sentencia recoge elementos «porcentuales» para estimar el nivel de chance vulnerada, situación que en Latinoamérica no estilaba ser una práctica, más que la discrecionalidad absoluta:

«De igual forma, que si bien no se tienen (sic) certeza acerca de que su llegada y posterior atención en un centro asistencial del tercer nivel de complejidad le hubiera salvado la vida, debido a la enfermedad que padecía, no es óbice para no considerar que la niña L(...)T(...) P(...) tenía una posibilidad equivalente al 80% de que se aliviaría teniendo en cuenta que, pese a la enfermedad de membrana hialina como causa importante de muerte, ello no conlleva indefectiblemente a deceso y bajo esa perspectiva, se frustró una expectativa legítima del usuario del servicio de ser atendido, con el alea de que su salud mejora o no, lo cual es susceptible de indemnización conforme a los parámetros jurisprudenciales anotados y en la misma proporción de la pérdida de tal oportunidad.» (p.49)

Actualmente el Consejo de Estado ha tratado de consolidar todo el daño extrapatrimonial como parte de un entero en el que se pretende incluir, al parecer, equivocadamente, la pérdida de oportunidad (de curación y supervivencia) bajo un solo concepto indemnizable, ha generalizado los perjuicios del tema de la salud y «tasa» la indemnización.

7.9. Chile

No fue hasta el 26 de diciembre de 2006, rol N°1084-2006, cuando la Corte de Apelaciones de Valdivia define y analiza el concepto de pérdida de

oportunidad, con relación a fallos que atacan la responsabilidad profesional del abogado lo cual demuestra un reconocimiento muy reciente (Ríos y Silva, 2015, p.170).

En Chile dicha figura se asimilaba, como ocurrió en nuestro medio, a un «daño eventual» o «lucro cesante imperfecto», diminutivo en su ocurrencia, haciendo imposible su reparación por una mala conceptualización de la pérdida del chance⁵².

En realidad, la curiosidad inicia con Arturo Alessandri Rodríguez (1943, p.159) a mitad del siglo XX, cuando ofrece opiniones y estudios de la responsabilidad civil, entre los años 1940 y 1950, pero de una manera muy tradicional, al negar que las posibles ganancias o pérdidas, expectativas no merecían indemnización por no ser ciertas (daño eventual). Sin embargo, el reconocido jurista chileno rescató una pequeña luz, al indicar que en casos de ser cierta la posibilidad de obtener la ventaja, no corresponde solo reparar la pérdida de oportunidad sino la integridad del daño (cfr. Ríos y Silva, 2015, p. 171; Tapia 2015-2016, p. 248), tesis que a ahora estudia el país sureño, puesto que el daño siempre es reparado proporcionalmente.

Chile ya ha emitido sentencias que se refieren a la pérdida de la oportunidad como centro gravitacional del daño a reconocer, pero al final también se reconocen como «daños morales» y en ocasiones como «lucro cesante», lo cual conlleva a autores como Tapia Rodríguez (2012, p. 251) al afirmar que «la noción parece ser generalmente ignorada, con algunas excepciones recientes».

⁵² Anteriormente era común observar su rechazo por asemejarlo a un lucro cesante incierto (Tapia 2015-2016), aunque existe un caso muy remoto en Chile de reconocimiento de chances de una madre por el deceso de su hijo aceptado en la escuela militar, caso de 1904, en el que se reconoció las chances de triunfar en esta área, por haber sido llamado por excepción a formar parte del cuerpo militar debido a sus méritos.

A nivel doctrinal se tienen los aportes de Ignacio Ríos Erazo que denota alto interés por la figura y se identifica como fanático de la «pérdida de oportunidad», (pero no así en responsabilidad médica), precisando que en Chile se ha abordado mucho en materia patrimonial, casos de obtener una licitación favorable, etc.; autor que, en otra oportunidad junto con Silva Goñi afirmó que: «se presente como una materia creciente en Chile» (2015 p. 165) no solamente al nivel de daño, sino también como teoría para complementar la relación de causalidad⁵³.

En cierto modo, este tema es tan aceptado en Chile, que las defensas de los centros sanitarios también utilizan la pérdida de oportunidad como estrategia en los juicios de responsabilidad sanitaria, indicando que no existe nexo causal certero y pretender la disminución del daño demandado cuando ya se ha evidenciado la falta de servicio (Ríos y Silva, 2015).

7.10. Costa Rica

Costa Rica ha mostrado que posee valiosa y plausible doctrina, la cual ofrece una excelente recopilación tanto en el derecho comparado como en la doctrina extranjera, focalizando la necesaria aplicación en su nación desde un plano crítico y con proyección a su inmediata necesidad actual como complemento del resarcimiento del daño holísticamente.

Por su parte, el derecho costarricense contempla a nivel constitucional el reconocimiento de los daños y perjuicios, situación que ha servido de base para lograr la inquietud de los estudiosos del derecho de dicho país para abordar el tema en estudio, nos referimos al artículo 41 de la Carta Magna de Costa Rica,

⁵³ A destacar que en Chile es común observar que en las jurisprudencias en materia médica se utiliza el término pérdida de oportunidad de «*sobrevida*» en vez de «*supervivencia*».

que posee una de las redacciones más claras relacionadas a la responsabilidad civil e inclusive a los intereses morales en la Ley suprema. «**Artículo 41.** Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes».

Concretamente como señala Batalla (2010, p. 28) « (...) la pérdida de un chance puede abrirse poco a poco un camino en el ordenamiento jurídico nacional, puesto que con fundamento en el artículo 41 Constitucional no es viable en un sistema cerrado de daños que sería a su vez una denegación de justicia»; o como afirma Torrealba (2015), sin necesidad de reformas surge de manera pretoriana en aquellos Códigos de Corte Napoleónico, como una especie del genero daño indemnizable.

La pérdida de la oportunidad, que si bien madura con ciertas impresiones, mantiene un avance significativo en comparación a nuestro derecho panameño. En sentencia No. 371 de las 11 horas del 16 de abril de 2009, Resolución 001095-S1-2016, aborda el análisis y desmembramiento de la figura, pero al reconocer la viabilidad de un laudo arbitral.

Torrealba (2015) de Costa Rica, ensaya los elementos de la pérdida de la oportunidad, pese a que la legislación costarricense no regula la compensación del daño en proporción a la probabilidad de su ocurrencia, lo que parece ser una prohibición a la actividad jurisprudencial que mayormente adopta la siguiente premisa: «tantos los daños como los perjuicios tiene que ser ciertos y consecuencia inmediata directa del incumplimiento, lo que impide indemnizar una cadena de daños que no se conformen con exigencia», y de manera muy

parca se ha procedido a reconocer la figura, como se señaló, al confirmar laudos arbitrales⁵⁴ (Torrealba, 2015).

Por consiguiente, el verdadero desarrollo de su aplicación destaca en los tribunales arbitrales a los que se mencionan los siguientes casos: *Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A. contra Société Generale de Surveillance Hodlign, S.A. (SGS) en el 2001*; Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas ICIC, S.A. contra la Caja Costarricense del Seguro Social en el 2000; o bien el caso M.L.E. Contratistas Generales, S.A. y Centro Vocacional Huampaní de enero de 2012., por solo citar algunos ejemplos.

En el primer caso se reclamaba la frustración de una pérdida de oportunidad al lucro como consecuencia de las supuestas actuaciones de los demandados. Nos referimos al caso *Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A. contra Société de Surveillance Holding, S.A. (SGS)*. La relación de ellas deviene de la firma de la carta de intenciones, en la que cada una aportaría su experiencia para cumplir con la licitación del Gobierno y llevar a cabo la operación exclusiva de los centros de revisión técnica vehicular, en resumen, un *Joint Venture*.

Expresa que las empresas *Autochic* y *SGS*, presentaron conjuntamente su oferta, pero al darse la adjudicación se observa que el porcentaje de experiencia asignado al consorcio no completó algunos detalles a lo que *Autochic* instó a la sociedad *SGS* a recurrir por medio del recurso ordinario de apelación dicha adjudicación. La sociedad *SGS* se retira de la licitación, lo cual fomenta la reclamación de la «*pérdida de la inversión*» para participar en el concurso, así como las «*ganancias dejadas de percibir*» por su incumplimiento.

⁵⁴ Remite a la sentencia de la Sala Primera de la CSJ, N°79, de las 15:20 horas del 30 de noviembre de 1993; N° 61, de las 15:20 horas del 23 de julio de 1997; N°28, de las 15:00 horas del 6 de marzo de 1996; y N° de las 16:10 del 26 de septiembre de 2001, las cuales pueden ser encontradas en la página del poder judicial de Costa Rica: <https://pj.poder-judicial.go.cr/>

Procede entonces, el laudo a indicar que las ganancias reclamadas eran inciertas y constituían, de tal modo, pérdida de chance: «La pretensión relativa a las ganancias dejadas de percibir es admisible, pero no ante el momento pretendido, pues lo que realmente se lesionó fue la “chance” de ganar la licitación y la “chance” de obtener beneficios trabajando durante varios años en el proyecto conjunto»; que: «Lo anterior faculta al tribunal para que (...) ordene la reparación de la lesión a la probabilidad, bajo la calificación de “chance”, lo cual supone una valoración diferente a la realizada por el perito (...)».

Por tal motivo: «el Tribunal se inclina por conceder como perjuicios, con razonamiento propio, lo que en doctrina y jurisprudencia extranjera se denomina pérdida de oportunidades o de “chances”, constituida por la lesión cierta y actual a la probabilidad de una ventaja futura». «Ventajas cuya producción no dependía exclusivamente del comportamiento del otro sujeto, por estar asimismo sometidas a un riesgo que genera posibilidades a favor y en contra».

Del referido laudo arbitral se destaca una serie de elementos:

- Los factores de «posibilidad» de lucrar y la dependencia de varios factores, algunos ajenos a las partes para alcanzar dicha ventaja.
- El doble juzgamiento que requiere la chance. La primera al momento de optar por la licitación y la segunda de obtener beneficios, que según lo estudiado, representa la chance cierta y la expectativa.
- La iniciativa arbitral de reconocer «la lesión de las probabilidades» que jamás puede equipararse a las ventajas inciertas como dejadas de percibir, (frustración de obtener un lucro y no el lucro mismo).

Lo radical de esta decisión arbitral descansa en el reconocimiento de la pérdida de la oportunidad sin que la misma haya sido peticionada por las partes, por lo que ambas solicitaron la nulidad del laudo arbitral por un supuesto rubro invocado de oficio y la cuantificación del daño; pero, más exitoso resultó la

argumentación de la Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica que avala la decisión del Tribunal Ad-hoc al decidir no anularla, se mencionan algunos de sus argumentos:

- Se utilizó el principio «*jura novit curia*» aduciendo que el juez conoce el derecho, y el mismo no hay que probarlo ni alegarlo ya que lo conoce.
- La indemnización no se encontraba fuera del objeto del proceso, como sostienen las partes (Responsabilidad Civil por daños y perjuicios).
- En cuanto al *quantum* de la indemnización no era necesario ser solicitado por las actoras ya que el juez tiene criterios propios fijados en la lógica, experiencia y una serie de factores racionales para arribar a un monto justo según lo pedido y negado.
- No existe incongruencia en los criterios utilizados por los árbitros, más que aquella que impulsó a las partes en desear un laudo con dos limitadas soluciones: aceptando responsabilidad absoluta (demandante) o ninguna responsabilidad (demandado), cuando el juez atendió lo que pidió una y adujo la otra en base a las circunstancias propias en las que se desarrolló la relación contractual.

7.11. Panamá

Nuestro derecho, desde principios del presente siglo, ha dado opiniones sobre la existencia de este rubro indemnizable, el ejemplo más descriptivo ha sido dentro del recurso de anulación contra el laudo arbitral (en derecho) de 15 de octubre de 2010, respecto al proceso arbitral interpuesto por *Blue Sky 46, Inc.*, contra de *Bay One Development, S.A.* En la Sala Cuarta de Negocios Generales, bajo la ponencia de Luis Ramón Fábrega, el 11 de mayo de 2015, sobre la pérdida de oportunidad de arrendamiento por tardanza en la entrega de

la unidad departamental, ante la propuesta de un tercero por un canon mensual negociado de B/.2,500.00 y ante la equivocada idea del recurrente en asegurar que el «derecho» únicamente comprende el derecho positivo y no la doctrina apuntó lo siguiente:

«Por último, sobre la figura de la pérdida de un chance, alegada por el recurrente, hay que destacar que se está ante un proceso arbitral, en donde el árbitro al dictar el laudo está en libertad de aplicar no solo el derecho sustantivo y procesal, sino que también puede apoyarse en la doctrina y jurisprudencia y demás reglas del derecho. De manera que, siendo la pérdida de un chance o pérdida de oportunidad un criterio de ponderación aceptado doctrinal y jurisprudencialmente cuando una de las partes contratantes se ve afectada por el incumplimiento del contrato, mal podría afirmarse que el árbitro traspoló (sic) los parámetros de un arbitraje en derecho.» (El subrayado es nuestro).

En el referido caso, el recurrente, dentro de otras argumentaciones sostiene que el laudo se refiere a una controversia no contenida en el convenio arbitral o que contiene decisiones que exceden el ámbito y alcance del derecho, y que el árbitro debía aplicar las leyes de la República de Panamá, asimismo que al desarrollar la teoría de la pérdida de un chance, el caso no se decidió en derecho, a pesar de ello, se destaca la atinada opinión de la judicatura nacional, aclarando que dicha teoría por ser parte de la doctrina es parte de nuestro derecho, por lo que, entre otros argumentos, no encontró motivo en ello para anular el laudo arbitral.

Cabe destacar que, a pesar que los magistrados de la Sala solo pueden hacer mención a caracteres de forma y no de fondo en materia de nulidad de laudos arbitrales, el aporte del Tribunal de Justicia ha sido acertado con respecto a una figura que por no tener experiencia en nuestro medio no puede

desmeritarse como un daño indemnizable, ni mucho menos por no formar parte del derecho positivo, al igual que otras jurisdicciones.

En ese mismo orden se tiene que Panamá ha reconocido la «pérdida de oportunidad» a nivel jurisprudencial, como daño resarcible, de los cuales se puede mencionar a nivel de casación: *Exellence Panama, S.A.* contra el otrora Banco del Istmo, S.A. del 2010 que aborda la versión categórica y controversial de la pérdida de oportunidad «evitar un perjuicio»⁵⁵.

Ante la solicitud de cancelación de licencia y traslado de locales del deudor Strong Men, S.A., tercero emisor de los cheques por cobrar, el Banco, mientras el acreedor intentaba hacer efectivos los mismo (*Exellence Panama, S.A.*), imprimía en los tiquetes de devolución: «*cheque girado contra producto de cheque por cobrar*», cuando la sociedad deudora, en realidad, no mantenía

⁵⁵ La sociedad mercantil demandó por la suma de B/.221,694.53 en concepto de daños y perjuicios ocasionados, más las costas y los gastos del proceso, entre otras cosas, por negarse a hacer efectivo el importe de once cheques girados por *Strong Men, S.A.* contra su cuenta en la institución bancaria Primer Banco de Ahorros (luego Primer Banco del Istmo) demandada por el total de B/.81,450.43 en concepto de deudas por compra de mercancía, alegando el Banco al momento que se le solicitó hacer efectivo los cheques, situaciones distintas a las reales en los talonarios de devolución: «*cheque girado contra producto de cheque por cobrar*», en dos ocasiones distintas, lo que llevó al demandante a realizar una diligencia exhibitoria, en la que los peritos destacaron que los cheques nunca tuvieron fondos suficientes ni conceptos de fondos por compensar como alegaba el Banco, lo cual fue aceptado una vez que la entidad bancaria contestó la denuncia administrativa presentada en la Superintendencia de Bancos. Por consiguiente, por dilación en el proceso de cobro (por parte de la entidad bancaria), la sociedad deudora no cumplió su obligación, ni mucho menos fue posible el cobro judicial, ya que traspasaron sus locales comerciales a otra sociedad, perdiendo la oportunidad de cobrar su crédito.

Al respecto la primera instancia reconoció B/.81,450.00 más las costas y gastos del proceso, lo que fue apelado por la representación judicial del Banco, revocándose la sentencia de primera instancia de no acceder a las declaraciones solicitadas por la demandante, indicando que no existía nexo causal con el Banco más que la del actor en no actuar por los medios legales ante las dos infructuosas ocasiones de hacerlas efectivo, lo cual la Sala consideró negable puesto que consta en autos el proceso administrativo vertido ante el regulador bancario y acciones de secuestro presentados contra la sociedad giradora, reconociendo que las acciones judiciales toman mucho más tiempo que esperar nuevamente la respuesta del Banco y hacer efectivo los cheques. Se determinó que el Banco creó una falsa expectativa de cobro y de espera respecto a cualquier medida judicial a tomar por la impresión ofrecida en la devolución del cheque. **Conclusión:** La Sala encontró responsable al Banco por su acción antijurídica por colaborar en la pérdida de oportunidad de evitar un perjuicio a la demandante con base al Artículo 1644 del Código Civil sobre responsabilidad *aquiliana*, casando la resolución y dictando su reemplazo, reconociendo la suma de B/.52,633.34 más costas de primera y segunda instancia.

fondos ni cuentas por cobrar, privándolo de oportunidad de evitar el daño de desvanecer la sociedad deudora (traspaso de establecimientos comerciales y cancelación de licencia comercial, etc.) y la imposibilidad de cobrar crédito:

«A fin de determinar el grado de probabilidad que tenía el demandante, de impedir el traspaso de los establecimientos comerciales de Strong Men a Biloxis, en fraude de su crédito, la situación deberá ser examinada (...). Desde un punto de vista objetivo, habría que determinar las posibilidades reales que tendría el demandante de impedir la defraudación de su crédito, en supuesto que la demandada hubiese certificado correctamente la causa verdadera de la devolución de los cheques y, desde una perspectiva subjetiva, determinar si el demandante, tomando como referencia las constancias procesales, habría actuado con la suficiente diligencia y tino para impedir dicha defraudación; es decir, si habría aprovechado esas posibilidades de impedir el traspaso de los locales comerciales por parte de *Strong Men a Biloxis* (...).».

En ese análisis, se observa como primavera la reflexión en el fondo sobre la pérdida de oportunidad y su adoctrinamiento por parte de la Sala Civil (ponente Harley J. Mitchell D.), en la que se analizó el aspecto objetivo de toda aquella posibilidad de chance cierta; es decir, la aplicación de la figura en concreto como posibilidad real y relevante, y en segundo plano, el aspecto subjetivo que incide en la persona en concreto y la situación particular de lograr la expectativa de evitar el daño, indicando entonces que: «(...) una cosa es haber tenido la oportunidad de evitar el daño, y otra distinta es el grado de certeza que efectivamente se habría evitado ese daño».

Sin duda, el segundo elemento viene a ser la profecía del juez dentro del normal devenir de los hechos; pero, tomando en cuenta la circunstancia y el sujeto que interviene en la cuestión, que no pudo operar de dicho modo por la certificación errónea del Banco al intentar hacer efectivo su crédito, creando

falsas expectativas en el acreedor-demandante-recurrente, cambiando el curso de sus actuaciones y confiándose en «esperar» supuestos cheques por cobrar del deudor, desvaneciendo así la chance de aplicar otras alternativas eficaces y efectivas.

Vemos entonces que la Corte reconoce que no existe causa directa de fraude por parte del Banco, ni tampoco se desgasta innecesariamente en determinar actos de componenda entre el Banco y el deudor quien no forma parte del proceso, sino más bien delimita la causa de pedir a las posibilidades de evitar el daño por parte del demandante que fueron sacadas del camino por acciones indiscutiblemente antijurídicas realizadas por el Banco, y contemplando al mismo tiempo que resultaba más razonable esperar el cobro de los cheques aducidos que entablar un engorroso proceso judicial, siendo el Banco responsable de una consecuencia «*mediata*»⁵⁶.

7.12. UNIDROIT y Organizaciones Internacionales

Se destaca en especial al caso de UNIDROIT, Instituto que debe sus siglas a su nombre formal en inglés y francés: «*International Institute for the Unification of Private Law – Institut international pour l'unification du droit privé*». Es una entidad intergubernamental que busca armonizar el derecho privado internacional por medio de convenios y guías subsecuentes de legislación para adoptar principios uniformes entre personas de sus países signatarios con sede en Italia-Roma con 63 países miembro al 2018, para llenar los vacíos de la

⁵⁶ Entre otros casos reconocidos en Panamá podemos mencionar caso Iginio Smith Robinson y Carlos Ariel Mesa (ambos con amputación de miembro inferior izquierdo) contra Oscar Alexis Atencio Araúz y Aseguradora Mundial, S.A. (antes), Mapfre Panamá, S.A. (actualmente), del año 2017 (Sala Civil de 27 de marzo de 2017, ponente: Hernán de León), en la que las demandadas Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A. y Empresa de Distribución Eléctrica de Chiriquí, S.A. en un caso interpuesto por Samba Bonita Power & Metals, S.A.

Convención de Viena de 1980 respecto a la compraventa internacional de mercaderías, como el perfecto paradigma de los negocios internacionales.

Cuando los contratos comerciales internacionales no determinan o no pueden ser determinables las reglas de derecho aplicables al contrato, se aplican dichos principios de manera objetiva, lo cual se manifiesta por medio de los laudos arbitrales de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Estos principios contemplan específicamente en el numeral 2 del artículo 7.4.3., la «pérdida de la oportunidad» y lo más insoslayable es que se encuentra bajo el paraguas del Título «Certeza del daño». Dicho artículo reza así: «*La compensación puede deberse a la pérdida de oportunidad en proporción a la probabilidad de su ocurrencia*» (El subrayado es nuestro).

La fórmula para calcular el valor de este rubro contempla la porción de la aleatoriedad que puede lograr éxito, dando equivalencia a la proporción cierta de este daño particular. Al respecto la página oficial www.unidroit.org hace referencia a este artículo y al referirse al numeral (2) señala que la compensación que allí se indica se refiere a una indemnización inmaterial del daño que descansa en el dolor y el sufrimiento, e inclusive las pérdidas de algunas comodidades de vida, daño estético y aquellos resultados al ataque del honor y reputación del otro contratante.

Lo curioso resulta ser que la organización tiene una opinión ambivalente o al menos confusa, indicando entonces que el rubro que se indemniza se asemeja a un daño expatrimonial; pero, el precepto indica que es en base a la probabilidad de su ocurrencia, la cual puede radicar en un problema conceptual al tomar en cuenta que no existe un daño (final) tangible como material ya que su existencia es desplazada.

Valga aclarar que los comentaristas no identificados en el sitio *web* oficial descifran una coherente solución, cuando anotan que la compensación inmaterial asume diferentes formas, y es la Corte, tomando ya sea una o la otra certeza, la que considera la aplicación de la compensación.

Adicional a ello, existen sinnúmero de sentencias y resoluciones internacionales que se refieren a la pérdida de oportunidad, como es el caso del Consejo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos, art. 3:106, Proyecto de Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, sección de «Causas inciertas de la víctima» (Medina Alcoz, 2009, p.33).

De manera más específica Medina Alcoz (2009), se refiere la sentencia de las Comunidades Europeas T-230/94 que indemniza la pérdida de la oportunidad y otras sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo: de 9 de abril de 1984 (caso Goddi), 12 de febrero de 1985 (caso Collozza), 27 de noviembre de 1998 (caso Castillo Páez República de Perú), etc.

En el Código Europeo de Contratos se encuentra este afamado supuesto en su artículo 163, aunque con una redacción no muy feliz para nuestro gusto, ya que le da un tratamiento dependiente a la pérdida de la oportunidad como parte del lucro cesante, como una ganancia vinculada al incumplimiento del contrato.

8. Ámbito de aplicación de la pérdida de la oportunidad

Al referirse al ámbito de aplicación se citan las actividades, profesiones y ejemplos más comunes que rescata la doctrina y recoge la jurisprudencia, que de ninguna manera pretende agotar todos los casos posibles. Este ejercicio resulta como referencia a fin de comprender las cualidades reiterativas y útiles

de la figura y así ilustrar una simbiosis o analogía del fenómeno de la pérdida de la oportunidad como daño resarcible. Se presenta a continuación:

8.1. En los juegos de azar, competencias o concursos

Este es uno de los campos donde realmente se pone a prueba el valor de la expectativa, la suerte, la ley de las probabilidades, ya que en ellos existe un alto nivel aleatorio y en el que los umbrales positivos o negativos son fluctuantes, verdaderamente cambiantes.

Al abordar el tema de la pérdida de la oportunidad, el ejemplo de mayor frecuencia resulta ser el de caballo de carreras que durante su traslado al hipódromo llega retrasado para la competición, perdiendo así su oportunidad para participar. Situación, de similar contexto al del mecánico que no entrega el carro a tiempo para la carrera, y así sucesivamente. Esto se debe a que en ellos es más figurado visualizar los elementos de la pérdida de oportunidad, y en ellos también se deslumbra altas cuotas de incertidumbre.

Respecto a esta campo, Zannoni (187, p. 79 a 81) anota uno de los casos debatidos en Buenos Aires, Argentina, en el cual se discutió la flexibilidad de la certeza del chance (cfr. Fallo SCBA, 29/6/19/65, LL, 119-394), en el que un cliente habitual del mismo billete de lotería, mediante el mismo vendedor ambulante y ya desde varios meses («el número suscrito»), resultó sorteado con el premio mayor, pero por un error de la administración provincial de la lotería el número fue remitido a otra agencia sin que existiera tiempo suficiente para su retorno y venta.

Sucede que dicha oportunidad confrontó problemas con su certeza. Al respecto la mayoría del cuerpo colegiado coincidió en que: «dado que la chance de este – sujeta a diversas contingencias susceptibles de frustrada – no

constituía una probabilidad suficiente sino una posibilidad muy vaga y general, puramente eventual o hipotética», se negó la pretensión.

Del litigio aludido se observa que existe una incertidumbre que no descansa en el resultado, sino en la precisión de oportunidad que podría ser frustrada por diversos factores, entre ellos, ser adquirido por otra persona, cuando la chance debe estar probada al momento de accionar dicha indemnización⁵⁷.

Retornado a la expectativa, se tiene que los casos del azar son los más controversiales, citados por los diversos autores, por el aspecto de imprecisión en la ventaja esperada en el que la estadística y la opinión de los peritos es tan superficial como predecir el día y hora de nuestra muerte, por no existir curso ordinario certeramente predecible, más que las posibilidades numéricas o la cantidad de competidores o tiquetes fraccionados en equidad.

Se recuerda entonces que tal cosa como la «suerte» tampoco puede ser apreciada desmesuradamente, por medio de «cábalas», sorteos o referencias personales. Debe aplicarse soluciones coherentes y justas.

A manera de ejemplo, el caso de un boleto colocado debajo de uno de los tres sombreros: dicho boleto contiene el premio de USD 1,000.00, pero resulta que ninguno de ellos mantiene el premio. Podría afirmarse con plena certeza que el organizador ha privado al postor de una posibilidad de triunfo, pero de ningún modo se puede decir que el valor de la indemnización debe fijarse en los

⁵⁷ Rescatamos el salvamento a voto del Doctor Portas que afirma que si la Dirección de la lotería reconoce el error ha debido prever los daños y que el hecho de que cada agencia tenga números fijos asignados agrava los hechos fácticos, en especial por aquel que adquiriría habitualmente el número. Al respecto consideramos que el postulado mayoritario cobra superior razón, dado que el billete, si bien está asignado a una agencia, no necesariamente pertenece al habitual adquirente, siendo eventualmente adquirido por un tercero, o el billeteo puede desplazarse a otro punto de venta en la misma región, o entregado a otro vendedor del sector o el vendedor enfermase, entre otros ejemplos, no existe garantía de la oportunidad o idoneidad de sujeto en el citado ejemplo. La chance no puede ser remota, no existía certeza de participación con dicho billete.

USD 1,000.00, puesto que las posibilidades del azar son difícilmente destacables por la experiencia.

En el caso citado, la justicia y lógica nos sugiere que la indemnización debe ser acorde al radio de acción del juego, por lo que siendo tres sombreros (100/3) la víctima podría ser acreedora al 33.33%, y en ello se destaca la posibilidad de uno entre tres.

En el caso de las competencias o los concursos, como el caso del jinete que pierde la oportunidad de ganar una competición de carrera de caballos por retraso, el famoso caso italiano de la carrera de fórmula 1, los concursos de belleza o reinado, entre otros, se puede negar que la expectativa está revestida de tal azar; debido a que, si no se tiene el triunfo asegurado existen factores que son calificados por los jueces, como la trayectoria, la dedicación, las características del deporte, la estadística del piloto de carreras, las características a evaluar del concurso de belleza, así como el alto o bajo desempeño de los otros participantes y la cantidad de contrincantes.

8.2. En el deporte

En la mayoría de los casos la misma fue frustrada fuera del campo deportivo, puesto que existen fuertes discusiones sobre la asunción del - riesgo deporte - lo cual no siempre asimila al daño como culposos y se debate sobre el exclusivo reconocimiento de faltas por dolo e intención en una actividad que encierra fricción y emociones desmesuradas (*football*, boxeo, etc.).

Sin duda, mientras más éxito tenga el deportista en su carrera o el nivel de palmares u otra versión de prueba de éxito, mayor es su expectativa y menor el umbral negativo, y por cierto, su cualidad de deportista eleva el *quantum* a resarcir puesto que se trata de una persona calificada en el arte frustrado.

El caso Navarro contra la Caja de Costa Rica de Seguro Social, relativa a la pérdida de oportunidad de un boxeador de ir a los Juegos Olímpicos de Londres y de recibir asistencia del Comité Olímpico que el Estado ofrece a los deportistas en el proceso de preparación, en una ejecución de sentencia de un amparo (cfr. Torrealba 2015), el Juzgado Administrativo de lo Contencioso rechazó el reclamo por considerarlo como una expectativa no indemnizable a pesar que el entrenador declaró en el proceso y se probó que su sustituto «a quien noqueaba constantemente y probado en el proceso», logró ir a Londres y obtuvo la asistencia esperada por el original, considerando los petentes que si bien era una expectativa, la misma era una expectativa indemnizable.

Igualmente, es muy famoso el caso de Claudio Caniggia, quien para entonces militaba en el Boca Juniors como futbolista profesional, la corporación deportiva lo privó de tener éxito en Europa (cfr. Torrealba 2015); o el caso argentino del 2001, Barzottini vs. Lazarte, en el que un jugador profesional de baloncesto sufrió un accidente de tránsito a la edad de 20 años con pleno futuro por delante, tomando como prueba los comentarios de radio que se hacían del jugador, previamente al accidente, en el que de continuar el normal devenir de los hechos, era objetivamente probable que fuera un deportista exitoso y ostentando altos emolumentos económicos.

8.3. La capacidad laboral o de ascenso

La capacidad laboral, en este aspecto, no solo implica la fuerza de trabajo, sino la capacidad de desarrollar o potencializar su arte y el juicio dependerá de la profesión o actividad que presente el caso.

Regularmente, esta oportunidad frustrada nace de la incapacidad física que soporta injustamente una persona, disminuyendo significativamente su capacidad de laborar, reduce su posibilidad de generar ingresos o de ascenso y

sus posibilidades son reducidas a casi ninguna, en tal sentido no se indemniza el beneficio laboral como tal, sino el chance que se mantenía en expectativa puesto que sus metas económicas estaban encaminadas pero no alcanzadas⁵⁸.

En Italia se ha indemnizado «*il danno da perdita di chance*» del desarrollo de una artista y los primeros registros manifiestos de aplicación de la doctrina se dan en el marco de la Corte de Casación Laboral de 1983, por el retraso de contratación previamente acordada entre las partes. (Chidenmi en Parra Sepúlveda, 2014, p. 294).

Sea dicho de paso, nuestra jurisprudencia ha reconocido este modalidad de pérdida de oportunidad en el caso Iginio Smith Robinson y Carlos Ariel Mesa (ambos con amputación de miembro inferior izquierdo) contra Oscar Alexis Atencio Araúz y Aseguradora Mundial, S.A. (antes), Mapfre Panamá, S.A. (actualmente), del año 2017 de la Sala Primera de lo Civil, bajo la ponencia de Hernán De León Batista, en el que se reconoce tanto el daño por pérdida de oportunidad laboral y de ascenso de los demandantes, agentes de la Policía Nacional, quienes realizaban «turno» en la provincia de Bocas del Toro y fueron perjudicados en su anatomía debido a un accidente de tránsito por parte de otro conductor, el señor Atencio Araúz, interviniendo la aseguradora por medio de estipulaciones de daños a terceros.

En dicho conflicto judicial, con soporte a las evaluaciones psicológicas, la defensa trató de convencer al juzgador que «debido a su resiliencia, y a que reasumieron el curso de su vida laboral, al ser reasignados a trabajos administrativos en la institución en la cual laboran» (oficinistas), el desempeño

⁵⁸ Otro de los ejemplos en materia laboral es el caso de la falta de aportación de cuotas de seguro social por parte del patrono, en el que priva de oportunidad al colaborador de acceder a la atención que ofrece la Caja de Seguro Social en el evento de requerirla.

laboral de los dolidos no se desmejoró, argumento que fue detonante de la implementación de la figura en estudio, en la cual se esgrimió sobre la posibilidad de un futuro mejor de los miembros de la fuerza pública.

Según dictámenes de uno de los peritos psicólogos, con relación al ejercicio de sus funciones operativas de la Policía Nacional y limitados a ejercer funciones administrativas, el juzgador exployó lo siguiente: «(...), al tomar en cuenta la edad de ambos pacientes, que existía la posibilidad de un mejor futuro en cuanto a su trabajo y vida familiar, y tales expectativas se han visto comprometidas como consecuencia de lo sucedido»; «no resulta ser una afirmación sesgada por la subjetividad, sino una observación producto de las entrevistas que realizara a los evaluados».

No obstante lo anterior, se estimó la indemnización bajo el lucro cesante dejado de percibir por los demandantes, calculada por la Juez primaria, en la suma de B/. 7,500.00 por cada una.

Otra de las pruebas utilizadas fue el resultado de la prueba de oficio dirigida al Departamento de Recursos Humanos de la Zona Policial de Bocas del Toro, a juicio de esta Colegiatura, aunado a la pericia psicológica estimó lo siguiente:

«Igualmente, la disminución en la oportunidad que los mismos tienen para ser promovidos de rango en la Policía Nacional institución en la cual la aptitud física del agente es un componente importante a tomar en consideración para ascender, posibilidad real en el devenir profesional de una unidad de policía, comporta un perjuicio que les dificulta la obtención de un mejor ingreso, y justifica el monto de la condena que en concepto de lucro cesante le fue impuesta al demandado OSCAR ALEXIS ATENCIO ARAÚZ.» (El subrayado es nuestro).

No resulta ocioso destacar que entre los daños reconocidos se utilizó la cortina del «lucro cesante» y el «daño moral», pero cuyo contenido es eminentemente la frustración de chance sin mencionarla en ningún momento del desarrollo del fallo; pero, es más que descifrable, si dominamos los presupuestos repasados en los pts. 4 y 5 del presente cap., toda vez que la indemnización asume un rol protagónico en las «chances perdidas».

Las consideraciones se fundaron en la certeza de chance de ascender si hubiesen permanecido como policías operativos (de campo y no administrativos), pero con un toque de incertidumbre en solo ser postulantes; todavía no merecedores del ascenso al momento de los hechos analizadas en dicha causa, haciendo una profecía dirigida a lo normal, tomando en cuenta todos los factores externos al caso, que como policías deben cumplir previamente:

- La evaluación mínima de desempeño en el campo.
- Conducta adecuada a la moral social e institucional en el rango.
- Aprobar exámenes de admisión, exámenes y cursos.

La desaparición de la chance a causa del accidente no tiene un nexo causal inmediato, ya que no fue resultado directo del hecho de tránsito, pero sin duda fue destacada la frustración de sus aptitudes físicas de laborar, siendo relevados a funciones administrativas y no optar a promociones y ascensos en función al cargo que desempeñaban hasta antes de la colisión⁵⁹, en la que ambos oficiales perdieron la pierna izquierda (desplazamiento en moto).

⁵⁹ De tal modo, para la calificación de «policía operativo» y «ascenso» se utilizó el Manual de Ascensos de la Policía Nacional publicado en la Orden General No. 136 de 18 de julio de 2007, con los fundamentos legales en el Decreto Ejecutivo No. 172 que desarrolla la Ley No. 18 de 1997, Ley Orgánica de la Policía Nacional, el cual fue de sustento para descifrar que los afectados han perdido la oportunidad de ascensos al cargo inmediatamente superior al que ostentaban.

Así también se rescata la manera del juzgador de hacer elocuente, quizás sin la intención de optar por la figura de la pérdida de oportunidad, la «disminución en la oportunidad de ascenso de los agentes de la Policía Nacional», destacando la actualidad de la frustración de oportunidades de ascenso, fuera de los gastos médicos, la amputación de sus piernas, daño moral o lucro cesante.

8.4. En el ámbito comercial, negocios y en la etapa precontractual

En este subtema se refiere a los negocios, los más frecuentes refieren a las frustraciones de concretar un contrato con potenciales ganancias o explotar un negocio o una idea registrada y disminuyendo significativamente las posibilidades de riquezas de las empresas, previo a la concreción de sus expectativas comerciales ciertas y posibles (ej.: ya contaba con proveedores que ofrecían productos muy bien ofertados y adquiridos en el mercado, etc.).

Ahora bien, hay autores como Henao (1998) que consideran que para el reconocimiento de este tipo de daños siempre debe existir una pérdida de clientela duradera en el tiempo a fin de compeler su importancia, pero a nuestro parecer, ello sería un esfuerzo que demanda la concreción de la expectativa y no es excusa para que el comerciante acredite, de algún modo, contar con el título cierto que evidencia su posibilidad de obtener sus expectativas, siempre y cuando no se trate de meras especulaciones que no han empezado a gestionarse, o el mero rechazo de hacer negocios sin mediar serias tratativas.

Por ello se enfatiza uno de los tópicos más analizados en chances frustradas, la etapa precontractual, la cual supone la existencia crucial de la

Entre los requisitos se encontraron «antigüedad en el cargo» que por razones obvias ya no podían desempeñar y «poseer aptitudes físicas comprobadas por servicio y edad», arrojados categóricamente al descarte de no ascender como policías operativos y así, la frustración de la chance.

buena fe de los contratantes amparado por la vía jurídica; y es que la etapa preliminar del contrato contempla «la confianza» para tan siquiera contactarse y discutir el contenido de una relación comercial.

Por tal motivo, en estos casos se habla de la existencia de una intención efectiva, tal es el caso de las famosas cartas de intenciones o invitación a ofertar⁶⁰, contratos borradores, los cuales no son de necesaria existencia en estos supuestos, pero sin duda ofrecen un marco de referencia a la hora de verificar el deseo, el propósito de los contratantes así como su probidad en las negociaciones.

De la violación a la etapa precontractual deviene la responsabilidad precontractual «o *culpa in contrahendo* (...) abordada como la responsabilidad que se genera durante la formación del contrato en la que su vulnera la violación de un deber de conducta impuesto por la buena fe en sentido objetivo» (Valés Duque 2012, p.49), analizada por Ihering, Fagolla, Iturraspe, Piedacabras, Castán, Valés Duque, Lozada y otros, que enjuicia la conducta diligente del negociador, su colaboración, honestidad, reserva y el respeto a los intereses del otro, la conducta de un «*gentleman*» en miras de evitar la mayor calamidad en el cuasi consorte, suprimiendo conductas caprichosas, como por ejemplo abandonando las negociaciones de manera «*intempestiva*» o simplemente que no se haya contratado por «*culpa*» de alguno de los contratantes (Bustamante, 1997).

⁶⁰ *The letter of intent (LOI)* o las Bases del Acuerdo supone un documento en el que se anotan ciertos acuerdos entre las partes que luego podrán perfeccionarse mediante un contrato en el cual resaltan los términos relacionados a los acuerdos de compra de bienes, acciones o *Joint Venture*, en los que caracterizan su gran magnitud, pero «*per se*» no son enteramente vinculantes. Tomando en consideración la autarquía personal del individuo y su capacidad de pactar, según obre su voluntad en ellos, se plasman situaciones particulares que parecen hacer referencia a un contrato particular entre ellos: pactos de confidencialidad, derecho de tanteo o prelación («*stand-still*» o «*no shop*»), los cuales a simple vista sí parecen vinculantes en base a la buena fe que debe privar en el mercado bursátil.

En ese sentido, categorizar este tipo de responsabilidad resulta algo difícil y extenso en la presente tesis; no obstante, puntual es anotar que la pérdida de oportunidad ha sido una de las consecuencias principales del estudio de la etapa precontractual, visto que el vacío de un precontrato no somete a los participantes a una conducta requerida por el Código Civil como si ocurre en el Derecho Alemán y por el Capítulo 2 «Formación y apoderamiento de representantes», sección primera «Formación» de los principios de UNIDROIT, específicamente Artículo 2.1.15., del «*Negociaciones de mala fe*»⁶¹.

Más allá de lo antes descrito, existen conductas que no merecen discusión en la falta de buena conducta precontractual, como es el caso del engaño, la difamación, la evidente obtención del secreto industrial y todas aquellas maquinaciones que se conjugan para obtener un provecho con mala fe en la etapa previa al contrato, logrando muchas veces la convicción para concretar un contrato como pretexto para lograr una ventaja, perdiendo no solo sus probabilidades de lograr el negocio, sino también de negociar con otro.

Entrando en materia, en la responsabilidad precontractual se distingue entre los daños positivos y los daños negativos, entre los primeros existen toda aquella paralización de lucro, como por ej.: el lucro cesa por el incumplimiento de finiquitar la firma de un contrato, por lo que el ingreso al patrimonio no puede darse; la segunda son los derivados de la frustración de oportunidades de avanzar con el negocio y poder contratar con otro.

Esta última encaja en la pérdida de la oportunidad, aquellos casos de retratación abusiva e intempestiva sin razón suficiente, teniendo el afectado que reestablecer su actividad bursátil, es decir, al nivel en el que se encontraba hasta

⁶¹ Dicha norma se divide en tres puntos: (1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo; (2) Sin embargo, la parte negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte; (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

antes de participar en la etapa precontractual, específicamente hasta donde se pierde la posibilidad de contratar con otro, como algunos lo denomina «el daño emergente por intentar contratar» (cfr. Bustamante, 1997, p. 103).

«En otras palabras, la parte agraviada puede recuperar los gastos en que incurrió por las negociaciones y también podrá ser compensada por la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato con un tercero (la llamada confiabilidad o interés negativo), pero no podrá, en principio, recuperar las ganancias que hubiera percibido de haberse perfeccionado el contrato original (la llamada expectativa o interés positivo)» (Valés Duque, 2012, p. 289).

Lo curioso de esta modalidad de responsabilidad, que aún se encuentra en discusión su naturaleza (contractual o extracontractual), es que la doctrina mayoritaria sostiene que para calcular sus probabilidades de éxito se debe utilizar los mismos mecanismos con los que se juzga la pérdida de la oportunidad y así obtener el criterio de mayor o menor ganancia perdida, situación que deja en evidencia que existe una pérdida de oportunidad por violaciones a la etapa precontractual, pero dicha afirmación es algo tímida por los autores.

Nuestra Jurisprudencia ha sido visitada por estos casos. El Recurso de Casación ventilado en la Sala Civil de 27 de marzo de 2017, con Oydén Ortega Durán como ponente. Las demandadas Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A. y Empresa de Distribución Eléctrica de Chiriquí, S.A. en un caso interpuesto por Samba Bonita Power & Metals, S.A. que recurrió en casación, señalando que las empresas distribuidoras de electricidad fueron las únicas en intervenir en la redacción final del borrador del contrato N° 14-06, en el que las fechas que aparecían eran diferentes a los contenidos de la discutida cláusula 8.4., en la cual Samba Bonita ofertó y las demandadas aceptaron, por lo cual existió una irregularidad con relación a las propuestas previas de las demandadas.

De tal modo existió un cambio relevante de las contenidas en la propuesta de forma unilateral por las distribuidoras, lo cual afectaba evidentemente el «CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN», de la versión original, por lo que omitir dicho cambio terminaría en una posible responsabilidad contractual de Samba Bonita, ante el estrecho tiempo para su concreción.

Por tal razón, se elaboró un nuevo contrato corrigiendo parcialmente los errores, pero las demandadas no quisieron conceder un nuevo plazo para la firma del contrato y la entrega de póliza de cumplimiento, lo cual no consideró justo que se le frustrara el contrato con motivos previos en ellas mismas, para luego presentarle una camisa de fuerza y entregar una documentación que requiere de un proceso previo por tratarse de cuantiosas sumas de dinero.

Según el recurrente, las demandadas fueron las únicas responsables de frustrar el perfeccionamiento del contrato No.14-06, ocasionando daños económicos, y la consecuente declaración de «desierta la adjudicación» realizada mediante el Concurso Edemet-Edechi 02-05, lo que llevó a reclamar los gastos de intervención del proceso ordinario que iniciaron contra su afianzadora (Aseguradora Ancón) y la suma de B/. 1, 185, 000,000.00, por todos los gastos que incurrió para participar del concurso, más intereses, costas y gastos. Mientras tanto la demandada negó los hechos e interpuso, Excepción de «*inexistencia de la obligación*»⁶², por tratarse de un borrador y no de un contrato.

Al respecto, la Corte haciendo referencia sublime a la pérdida de la oportunidad de incidencia precontractual prohíja la referencia del ex Magistrado Eligio Salas por medio de fallo de 21 de junio de 1996 respecto al artículo 988 del Código Civil, para calificar las conductas de culposas, atendiendo las circunstancias de cada caso particular y luego acota lo siguiente:

⁶² En primera instancia se condenó en abstracto con suma límite de USD. 84,000,000.00

«Toda vez que nos encontramos ante lo que la doctrina y jurisprudencia han definido como daño cierto; es decir, que el mismo es certero y palpable, lo cual resulta perfectamente exigible ante la culpa como bien se ha reconocido por esta Sala, (...):

Pero, cuando más se presente el caso de la pérdida de una chance es en las demandas por perjuicios causados por no poder continuar explotando un negocio, o por la pérdida de la oportunidad de beneficiarse de un contrato al cual habría tenido derecho la víctima de no haberse presentado la acción lesiva. (...)

Otras veces, la víctima reclama la indemnización porque el demandado desistió de un contrato, o porque de alguna forma su conducta hizo que este se interrumpiera, lo que impidió que el demandante alcanzar los beneficios buscados con el desarrollo normal del convenio (...)» (El subrayado es nuestro).

En este caso la etapa precontractual fue crucial, debido a la magnitud del contrato que merecía una previa negociación, más que un ensayo, un compromiso previo y real que fuera dotado de las estipulaciones referentes a fechas y montos para licitar con las distribuidoras y a su vez la típica garantía entregada contra firma.

Es curioso como las demandadas pretendían cobrarse de la afianzadora, cuando, por sus alteraciones en la oferta, el recurrente quedó en desventaja al frustrar el contrato y se declara desierta la adjudicación, se extrae un elemento de mala fe, máxime cuando alegan la inexistencia de obligación cuando las ofertas son aceptadas en esta vía por ser la mejor, y aquellos cambios que afectan la obligación deben ser al menos discutidos.

Dado a los errores de los demandados en el contrato borrador, existió un evidente retraso en el cronograma de ejecución, lo cual imposibilitó el cumplimiento de las ofertas precontractuales como fueron discutidas, cambiando

las propuestas temporales de ejecución, considerado como un abuso de la etapa previa al contrato y pérdida de tiempo innecesario, no existiendo justa cabida para la reclamación de la fianza de garantía.

Sin embargo, el presente caso queda algo corto respecto al análisis de la pérdida de oportunidad en la etapa precontractual, cuando reconoce el 50% del valor pericial más bajo para calcular la indemnización, tomando en cuenta que no se formalizó el contrato y que la demandante no efectuó erogación para dar cumplimiento al mismo. La chance en este caso, era como dicen los anglosajones «*more probable than not*», más probable que no, dado que se declaró desierta una adjudicación, y se considera que el juzgador arrastra la chance que correspondía a una etapa precontractual, cuando la misma estaba dada en favor del oferente, aunque en diferentes términos.

Curioso también es que en dicho caso maduró la expectativa, quizás al grado de confundirse con el lucro cesante, pero al no desplegarse la actividad ofertada se consideró indemnizar las chances de ganancia como pérdidas y rebanar las partes inciertas, a nuestro parecer, injustamente, ya que estas fueron ocasionados libremente por las Distribuidoras de electricidad, quienes fueron condenadas a pagar la suma de B/.21,000,000.00, en concepto de «lucro cesante», pero bajo la excusa de una oportunidad perdida, más la B/.1,584,750.00 en costas a las partes demandas.

8.5. En la profesión del abogado

En la profesión del abogado se podría citar los ejemplos del letrado que priva de oportunidad al cliente por no interponer el recurso contra una resolución adversa a los intereses de su cliente, o dejar prescribir una acción teniendo poder suficiente para ejercerla, o simplemente no contestar la demanda

ocasionando ante el juez una apreciación de conducta concluyente disminuyendo y hasta anulando las posibilidades de vencer en juicio.

Se trata de la frustración del posible triunfo del litigio que debe ser necesariamente por culpa del profesional del derecho. En estos casos, sabia es la opinión de Bustamante (1997) cuando anota que la probabilidad de éxito del juicio debe ser probada en relación a las constancias del proceso, la existencia de jurisprudencia en la materia, doctrina, y demás factores que juegan a favor o en contra de la oportunidad frustrada y a la mayor o menor novedad y originalidad de la cuestión promovida.

También es común observar el caso en que se deja prelucir un término perentorio de pruebas o no acudir a la práctica de ellas, caduca la instancia por falta de gestión, en fin, actuaciones que aportan al cambio negativo del resultado esperado, pero claro está que algo de razón debía tener el cliente para triunfar en el pleito, porque dicho supuesto no puede versar en acciones temerarias o dilatorias para luego alegar oportunidad perdida si realmente no existió «*la certidumbre razonable en su expectativa*», situación que separa las pretensiones infundadas de las fundadas.

« (...) solo se puede hablar válidamente de –chance-frustradas siempre que estemos en presencia justamente de ello: una chance, una esperanza, una -posibilidad probable- de ganar un pleito, o evitar perderlo –hablando ejemplificativamente del ámbito judicial- que ha sido aniquilado por el letrado imperito». (Padilla 2013, p. 352)

Se tiene pues, que todos estos supuestos encierran la activa participación u omisión de una persona en el ejercicio de su profesión, pero no se puede hablar de un daño final, sino más bien de un resultado aleatorio dotado de incertidumbre cuya decisión recae sobre el juez según lo actuado en el proceso, que dependerá de una diligente conducta del profesional, del acierto en

la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria, pero sin negar que la estimación de la pretensión deriva de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador (Martí, 2009).

De forma que, no se puede condenar la conducta del facultado en derecho como suficiente para afirmar que por ello no se obtuvo el resultado favorable, puesto que su actividad no garantizaba la expectativa, y solo más bien, disminuye la oportunidad. «No hace perder el resultado sino la oportunidad de llegar a él», ya que « (...) la decisión final corresponde al órgano judicial; y sólo se incurre en responsabilidad si la decisión final está condicionada negativamente por su conducta negligente que fuese determinante para la no consecución de los objetivos pretendidos por la parte interesada» (Martí, 2009, p. 93).

No solamente se habla de chances porque existe un tercero imparcial, sino también una contraparte que también tiene derecho a la defensa y cambiar el curso del proceso, y de igual modo, otros factores inmersos en el cambio de posibilidades, pero de ningún modo se debe soslayar el actuar negligente del abogado, máxime cuando nuestro Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado, en su artículo 7 anota que: «El abogado debe ser puntual y llevar a cabo oportunamente las diligencias propias de la actuación profesional». Se enfatiza mayoritariamente en aquellas obligaciones del abogado que son de medio, y que de cierta manera ofrecen un «limbo de decisión del imparcial», aun con excelente desenvolvimiento en el proceso⁶³.

⁶³ Como es de nuestro conocimiento, para el abogado existen obligaciones de resultado (crear una sociedad anónima, divorcio por mutuo consentimiento, trámites administrativos de obtención de permisos) que requieren de la puntualidad, idoneidad y diligencia del abogado, alejados significativamente de la incertidumbre o alea de posibilidades dispersas, que a nuestro humilde parecer son meritorias de indemnización total y no de chances.

8.6. En la asistencia familiar

Uno de los casos más controvertidos suele ser el reconocimiento de la pérdida de oportunidad por la muerte de un hijo quien «posiblemente» ayudaría económicamente a sus padres en su adultez, supuesto que ya viene empleándose en Colombia, Argentina y se habla de casos remotos en Chile, especialmente en beneficio de aquellas familias con escasos recursos.

Su concepto es recogido en el Artículo 1745, literal c del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina del 2015: «la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido».

Los criterios a indemnizar habitualmente comprenden ciertos salarios mínimos prolongados en un espacio de tiempo razonable y tomando en cuenta el promedio de vida (regular) de los habitantes al momento del reconocimiento del daño y la edad del difunto; es decir, que se estipula una fecha límite por tenerla como razonable según el censo de cada país.

Se asemeja a una pérdida de oportunidad y no un lucro cesante porque se va más allá de la realidad material de la víctima, no se toma en cuenta su labor actual, sino también sus expectativas, por ej.: por ser el mejor estudiante del último año de medicina, es probable que no goce de un salario mínimo ni la de un médico general promedio, pero tenía expectativas serias poco comunes.

Sin embargo, se considera que la realidad social difiere de lo propugnado por los Tribunales, puesto que en la actualidad no son todos los jóvenes que ayudan a sus padres una vez alcanzan una vida estable, máxime cuando los mismos prefieren tener sus propias familias y no prepararse con estudios⁶⁴.

⁶⁴ Para ampliar recomendamos la lectura del caso Samuel Núñez contra Patronato del Hospital Santo Tomás (Demanda Contencioso Administrativa, 26 de abril 2016) por muerte de su hija Lourdes Núñez por culpa

8.7. Casos varios

Siendo muy extensivo desarrollar todos los casos posibles en el que se ha reconocido la pérdida de oportunidad, pero con el ánimo de ampliar el conocimiento y la aplicación de la analogía, se citan algunos ejemplos:

- El estudiante de alto potencial recién graduado de alguna carrera que demanda mucha preparación, cuya profesión se pronosticaba como prospera, muere por ser víctima de un accidente de tránsito u otro evento.
- El notario que omite autenticar un documento ocasiona la pérdida de una oportunidad de negocio a su cliente.
- El concurso de estudiantes para ser aceptados en la universidad en el que de 50 solo pueden ingresar los 20 mejores puntajes, llegando tarde a la prueba por causa de una colisión negligente o un retraso innecesario.
- La competencia desleal o publicidad engañosa que impide aumentar la clientela del empresario.

médica, en el que se toma en cuenta diversos factores para reconocer «lucro cesante» en favor de sus padres: « (...) no solo la renta que el afectado o víctima directa dejó de percibir, sino también la renta que le debe proporcionar a aquellos a quienes tienen a cargo en razón de sus obligaciones alimentarias; lo mismo, opera en caso de muerte de la víctima directa a favor de aquellos a quienes les otorgaba su sostenimiento»; en dicha jurisprudencia descansa un precedente de la aplicación de esta figura en nuestro país, ciertamente este caso no se detiene a evaluar expectativas de la occisa, por lo cual no podemos hablar de una pérdida de oportunidad perfecta, puesto que siempre debe hacerse una distinción entre si se trataba del impedimento de un lucro cesante al analizar utilidades reales dejadas de percibir sin espacio a la especulación ya que son eventos concretos como «perjuicio», o bien, si hablamos de la posibilidad de una contingencia especulativa sin absoluta certeza sobre la obtención del beneficio según el grado de probabilidades «daño», a lo cual creemos que se circunscriben la mayoría de los postulados jurisprudenciales ya que toman como marco de referencia el sujeto abstracto al fijar cuotas reflejadas en el salario mínimo.

- Pérdida de oportunidades a recibir una educación o ganarse una beca de investigación.
- El retraso de un vuelo de avión que impide cerrar un negocio.
- La resolución y rescisión de contratos de manera intempestiva.
- El pianista que cuando adolescente obtuvo decenas de premios musicales, por un accidente se frustra su oportunidad de ser un gran músico, etc.

Como se observa, existe la oportunidad de tener el beneficio o evitar un detrimento de manera cierta, pero aleatorio, incierto y aventurada resultado del cual no se puede precisar. No se trata de un acto concatenado que sucede al reconocimiento de los daños, no es un enlace, es una sola situación jurídica particular que se fundamenta en los elementos de responsabilidad civil.

9. La pérdida de oportunidad y su incidencia en la responsabilidad médica

Una vez expuestas las diferentes maneras de desplegarse la pérdida de la oportunidad, es obvio que en materia médica tiene plena vigencia. Lo intrigante sería conocer cuando estamos en presencia de una responsabilidad médica corriente y cuando pasa a ser una pérdida de oportunidad, diferencias que obviamente repercuten en el daño indemnizable y su cuantificación.

Seguramente, pareciera que el problema se resuelve con determinar el grado de culpa del galeno para así, en caso de no ser una abrumadora falta de su parte, correspondería aplicar una indemnización proporcional con referencia a su falta, pero esto es mucho más complejo.

Para ilustrar, una persona acude con cierta dolencia en búsqueda de ayuda del facultativo, compelido por su profesión a aplicar toda su experticia

para curarlo, pero su actuación yerra negligentemente en el diagnóstico y por imprecisa dilata el tratamiento, realiza una gestión que en vez de mejorar al doliente colabora con el padecimiento que ya trae, aniquilando sus posibilidades de mejorar que previamente no estaban totalmente a su favor, pero tampoco todo en contra. Ahora el paciente se encuentra en una situación mayormente desfavorable a la que ya mantenía por su condición de salud, impulsada por una fuerza negligente de este profesional.

«Es sabido que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se habla de pérdida de oportunidad, de vida o de curación, cuando en la asistencia médica correspondiente se ha omitido un diagnóstico adecuado, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una mayor celeridad en la actuación de tal modo que se habría privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación» (sentencia del Tribunal Supremo de España, Contencioso Administrativo, 18 de julio de 2016).

Es decir que el facultativo tenía una responsabilidad insuperable frente a una situación que ya se venía dando, pero el resultado no querido pudo ser el mismo con el correcto diagnóstico o el tratamiento adecuado.

Al final se verifica que el producto no fue netamente natural sino provocado, coadyuvado y asistido por acción y omisión de un profesional o asistente de la salud, en otras palabras, la actividad de curación no fue activada.

No olvidemos entonces que este daño deriva de una culpa por alejarse de la *Lex artis*, ante un evidente comportamiento que debió registrarse como «derecho a la atención de la salud del paciente», en aquellos casos más críticos se traduce al «derecho a la oportunidad de mejorar las expectativas de curación o de supervivencia».

Estas facultades innatas del individuo son mutiladas por causas

injustificables, abolidas independientemente de las contingencias normales sin olvidar que eran inciertas, que inclusive pueden resultar de la correcta intervención médica.

Este derecho a la oportunidad lo explica mejor el antecedente judicial español elaborado por la Sala de lo Contencioso el 23 de enero de 2012:

« (...) la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias.»

Si el médico es responsable de la muerte del paciente estará frente a un daño final por la corriente negligencia médica; pero en esta ocasión, podría ser por pérdida de oportunidad cuando el mismo contribuye a la fatalidad con otros factores que formaban parte de los umbrales infortunados de la víctima.

El ejemplo más claro, es el paciente de cáncer que llega por una cura a sus males, pero resulta que el médico se retarda en el diagnóstico y la enfermedad avanza sin el procedimiento terapéutico, poco después del avistamiento y confirmación del mal, muere el paciente, lo que equivale a la frustración de oportunidad de sobrevivencia.

Irrefutable es que el médico incurrió en negligencia al retardar injustificadamente el descubrimiento del malestar, pero su falta profesional realmente no es la causa del cáncer que amenazaba con las posibilidades de vida del enfermo, sino más bien un destructor de la posibilidad de sobrevivir; siendo injusto que se haga responsable de la muerte ya que la oportunidad del

enfermo arrojaba un análisis difuso que no se puede resolver con el tradicional nexo causal: hecho ilícito y daño final.

Si no hay nexo causal entre el hecho del galeno y el daño final irrogado a la víctima, hay que equilibrar y depurar el exceso del daño sin dejar de resolver las injusticias.

No obstante, una cosa es que un hecho ilícito puede generar varios daños, y otra cosa que exista una debilidad entre el hecho ilícito y el daño final como arquetipo del nexo causal, imprecisión determinante para disuadir al juzgador en que el acto médico es causa del daño final o bien de una pérdida de oportunidad.

Por ello, la pérdida de oportunidad no será de utilización arbitraria en todos aquellos casos de responsabilidad médica, sino en aquellas circunstancias en los que no se pueda dar con la correcta relación causal entre el acto médico (como ilícito) y el daño final, y a su vez existe una chance que ya venía divagando sobre el éxito de la salud del paciente, arrojando desde allí una dicotomía en no justipreciar si el galeno realizó o no el daño final sino el aporte negativo aunado al previo padecimiento.

El problema tiene dos fuertes vertientes, señalar que no existe responsabilidad ya que el fatal desenlace se debe a la enfermedad o bien justipreciar por una cotidiana negligencia médica. Más adelante veremos que estas reflexiones contradicen el principio de «reparación integral» y se sujetan a la teoría del «todo o nada» (cfr. pto. 9.4.1., de este cap.).

Retornando a la noción, Asensi (2013) cita un valioso extracto de la sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de España de 24 de noviembre de 2009, en alusión a la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica que pretende introducirnos al tema:

«La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación» (p. 237). (El subrayado es nuestro).

No obstante, el autor critica lo esgrimido y acota que siempre habrá que vincular el hecho ilícito con la *lex artis*, a fin que se esté frente a una responsabilidad médica, pero en el que se permite convertir a la oportunidad «por las expectativas de curación». «Sin embargo, lo correcto es vincularlo a la relación de causalidad como probabilidad altamente fundada de que un resultado determinado no es completamente ajeno a una actuación, ni es totalmente producto de su realización. (...)» (Asensi, 2013, p. 237). No es la causa del daño, pero tampoco se pueda alejar como inimputable del escenario (un punto intermedio).

Se tiene pues, que en estos aspectos la valoración de la conducta médica supone un eslabón insoslayable, ante las románticas afirmaciones que tratan de restarle importancia. Se recuerda que, mientras mayor es la exigencia del conocimiento profesional, mayor debe ser la prudencia, por lo que siempre debe tenerse en cuenta la naturaleza del acto médico por su verdadera y especial situación jurídica, actividad profesional que recae sobre derechos jurídicos relevantes.

Por lo tanto, en materia médica la chance debe tener la capacidad de curar al paciente y extraerlo de una situación que lo aquejaba, lo que puntualmente lo motivó a acudir al médico, ya que, de modo diferente, si se causa daño con otro origen se estaría frente a una responsabilidad médica corriente o si no existe chance real no cabe el análisis que se pretende.

Esto, aunque no se quiera así por inusual o anormal, la naturaleza de la chance no permite establecer claramente el nexo de causalidad debido a las partes negras (negativas) que forman parte de la condición del paciente, optando por una postura gris propia de la incertidumbre en el desenlace. En responsabilidad médica corriente, el afectado sufre un daño independiente a su afectación por negligencia médica, en el que se agrava su estado de salud, pero no por las mismas causas que motivaron al enfermo curar.

«En los supuestos de responsabilidad sanitaria, la perspectiva de la pérdida de oportunidad podría ser relevante en dos niveles». «Uno es el más obvio, es al que nos venimos refiriendo, y se centra en la incertidumbre de la causalidad entre el comportamiento debido hubiera evitado tal lesión (entendiendo por lesión el resultado que se apunte: la muerte, la anticipación de la misma, una secuela, la agravación de una dolencia, etc.).»; «El otro nivel parte del anterior y se refiere a los conceptos indemnizatorios o al contenido de la responsabilidad» (Asúa, 2008, p. 55).

Es ese matiz de ambivalencia lo que convierte a la chance frustrada en un tema a analizar; y, suponer el reconocimiento del daño total admite un enriquecimiento injusto ante una probabilidad de curar o sobrevivir que nunca fue total.

En otras palabras: «(...) si el paciente no estaba sujeto a meras probabilidades de recuperación, si se encontraba “sano”, entonces lo que procede es indemnizar la muerte o agravación, como un daño corporal o moral

cualquiera (siempre que se pruebe la existencia de una relación de causalidad)» (Tapia, 2015-2016, p. 240).

Desde otra perspectiva, Grau Grau describe la pérdida de oportunidad en materia sanitaria:

« (...) se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo» (2017, p.173).

En tal sentido, el daño no es el material expresivo de empeoramiento de la salud, agravación de la enfermedad o el fallecimiento, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido el debido funcionamiento del servicio (Grau Grau, 2017); puesto que, no se tiene certeza del daño, pero de seguro con un buen comportamiento habría existido posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido (Asúa, 2008, p. 17), o bien se tiene la convicción de no haberse llevado una actuación sanitaria correcta y existen dudas del modo en el que ello incidió en el resultado nocivo (p. 54).

Como anota Fischer (2001, p. 611), la pérdida de oportunidad a menudo se justifica en estos casos, porque el médico incumplió el deber de proteger al paciente de la condición preexistente, y el paciente se ubicaría ante un alto valor en la posibilidad de cura, incluso si era menos del 50%.

La idea de chance arrebatada en materia de salud cobra fuerte sustento en Estados Unidos, donde la responsabilidad del galeno, al no ser toda, tampoco

podría desvincularse de ella, donde la ausencia de indemnizar daños proporcionales incentivaría la negligencia en los profesionales de la salud, por despreocuparse por tener vínculos profesionales con personas ya enfermas. Teniendo presente que si no forjaron la causa principal de su enfermedad de intervenir podrían estar expuestos a colaborar con su empeoramiento mediato.

Siguiendo la trayectoria de esta figura indemnizable, Souplet (2002) distingue que si la muerte del paciente es a la vez causa de la enfermedad y la culpa del médico, estamos ante la pérdida de oportunidad; pero si la culpa es del cirujano, estaremos en presencia de una situación de responsabilidad clásica, sin necesidad de recurrir a la aplicación de esta teoría.

Continúa diciendo que para ubicarse ante la pérdida de oportunidad médica, es necesario que al mismo tiempo (cfr. p.7): «1. *que le mal aurait normalment pu être évité*» (sea un mal normalmente evitable) y «2. *Que la faute des médecins a contribué au dommage*» (la falta médica contribuya al daño):

Pues se reitera, en materia médica, la oportunidad de curación o de supervivencia, tiene su importancia en que el paciente al momento de acudir al médico debe tener la posibilidad de sanar o sobrevivir, pero al mismo tiempo la vida y salud ya está en riesgo, así sea mínimamente.

En caso contrario cuando la consulta sea rutinaria y al médico se le ocurre, por ej.: hacer cirugías por pequeñas molestias sin que se amerite o sea lo aceptado por el conglomerado médico, afectando la salud y/o vida del paciente, el médico será condenado a pagar el daño total causado.

A manera de ejemplo: un paciente acude con cáncer en un estado medio de gravedad, con esperanzas de curar en un 50%, pero el médico, por omitir las pruebas de rigor no emite un diagnóstico oportuno y el paciente pierde las

significativas esperanzas de sobrevivir y muere (sin que el diagnóstico certero tampoco implique la solución). En este caso hipotético destaca:

- Un actuar negligente del médico que consistió en no diagnosticar el cáncer cuando pudo actuar diferente y conteste a su arte.
- El paciente perdió las posibilidades que tenía de someterse a un tratamiento adecuado y prolongar su vida o curarse.
- Lo anterior no implica que el tratamiento habría funcionado de ser aplicado.
- No es posible determinar que la muerte fue causa directa de la culpa médica, toda vez que ya se encontraba enfermo y tenía solamente posibilidades de sobrevivir, pero tampoco se puede descartar que la omisión del galeno contribuye al trágico desenlace.
- El perjuicio que se presenta en este caso no es la muerte del paciente, ya que sería afirmar que el médico puso el cáncer en el individuo; sino las posibilidades alteradas de sobrevivir por la falta de diagnóstico.

Por consiguiente, debe condenarse al médico a reparar ese perjuicio, «La pérdida de la oportunidad», pero la frustración de chances no es como las matemáticas y dista mucho de tener un marco de referencia en su aplicación, ya que cada caso debe analizar las suposiciones que ameriten disminuir o incrementar el valor a la expectativa que se perseguía.

En Francia, por ej.: un caso de muerte por gripe maligna, reclamado por la esposa y los 8 hijos del otrora paciente, señalaron al médico general por haber cometido un error al no hospitalizar al convaleciente inmediatamente, frustrando, según los acusadores, la oportunidad de sobrevivir.

El perito anotó que era extremadamente difícil determinar si la evolución de la patología habría tomado otro curso en el evento de una hospitalización, pero no excluyó la posibilidad de un vínculo de dicha frustración en base al actuar del médico y la esperanza de supervivencia del enfermo.

De todos modos, el actuario médico insistió que no había evidencia que un tratamiento temprano hubiera prevenido el deterioro repentino de la salud y muerte del paciente, y tampoco pudo determinar la causa del síndrome de dificultad respiratoria aguda.

El Tribunal Supremo de Brest, 19 de diciembre de 2007, no encontró vinculación entre la supuesta falta del médico y la pérdida de chance de sobrevivir del paciente, aunque aceptó parcamente que la pronta hospitalización pudo lograr una administración de antibióticos sin que ello signifique el cese del síndrome.

Seguidamente la sentencia del Tribunal de Apelación de Rennes, 3 de junio de 2009, reconoció la existencia de falta del practicante, pero consideró que no se registra que mediante esta falla el paciente haya perdido la oportunidad de sobrevivir ante el síndrome respiratorio, si el médico le hubiera brindado atención cuidadosa, atenta y diligente: «es extremadamente difícil decir si la evolución de la patología hubiera sido diferente», opinando que el vínculo causal entre la falta y la pérdida de probabilidad de supervivencia no está establecido.

Luego, la sentencia de la Corte de Casación 1ª Sala Civil, el 14 de octubre de 2010, rompe con la decisión de apelación afirmando que: «la pérdida de la chance presenta un carácter cierto y directo cada vez que la desaparición de

una posibilidad era favorable». De modo que ni la incertidumbre sobre la evolución de la patología ni la indeterminación de la causa del síndrome de dificultad respiratoria aguda fueron tales, como para eliminar el vínculo causal entre la falla cometida por el médico que tuvo el efecto de retrasar el cuidado del paciente y la pérdida de posibilidades de supervivencia.

Se determinó que la rápida hospitalización del paciente (que no se pudo lograr por culpa del médico), ciertamente habría logrado la administración de la terapia con antibióticos. Incluye que la enfermedad jugó un papel muy importante para la Tribunal de Brest y el Tribunal de Apelaciones de Rennes lo que no se escapa de la realidad material de los hechos desplegados, pero ninguno de ellos concluyó con la existencia del daño indemnizable.

Aquí se hace un alto y se reitera que lo esencia es probar la posibilidad de curar y la posibilidad del médico de evitar el agravio, según el normal devenir de la Ley de su arte.

Ahora bien, durante esta investigación se citará al paciente que acude con cáncer ante la variante expectativa de sobrevivir o fallecer que ofrece este mal. Este ejemplo trae consigo varias situaciones que deben ser analizadas, pero en especial permite explicar la situación paralela de la negativa en reconocer la pérdida de la oportunidad en materia médica, lo cual es uno de los objetivos de nuestra tesis.

9.1. Preliminares de la figura

Para muchos, esta figura quizás tiene su génesis en los distintos daños extrapatrimoniales, reflexiones del profesor de Múnich del siglo XX, Karl Larenz, quien, en un momento cuando el derecho era poco dinámico y las decisiones del juez estaban supeditas a la fuerza nacionalista, sostuvo que todos tenemos

derecho a ser respetados como persona, situación que por no visualizarse no permitía concebir elementos como la vida, la salud, el honor, la intimidad como parte del derecho como vemos hoy en día.

Ahora bien, en Panamá no se encuentra precedente jurisprudencial alusivo a la pérdida de oportunidad en materia médica y el único caso difuso que se encontró es en el Contencioso Administrativo por indemnización interpuesto por Samuel Núñez contra el Hospital Santo Tomás, quien reclamó, entre otras cosas, la indemnización por la muerte de su hija Lourdes Núñez en el que la Corte ensaya un tipo de pérdida de oportunidad respecto a la ayuda económica que pudo ofrecer la difunta hija a sus padres durante su vida laboral activa, «pérdida de oportunidad de asistencia familiar», pero no tal cosa como «pérdida de oportunidad de supervivencia y curación en la responsabilidad médica».

Por otro lado, posiblemente la limitación lingüística ha sido la causa para que en reiteradas ocasiones la doctrina reconozca el caso expuesto por medio de sentencia de 10 de octubre de 1998 del Tribunal Supremo, Sala 1ª de España como la primera que reconoce abiertamente la «pérdida de oportunidad de curación». (cfr. Luna Yerga, 2005, Fernández 2008, et al.), bajo la ponencia de: Antonio Gullón Ballesteros.

Los hechos analizados en esa ocasión por la judicatura española se refieren a un empleado de la empresa Firgo, S.A. que perdió la mano derecha en un accidente laboral, debido al intento de desatascar una máquina termo-selladora de helados y luego de activarse le amputa la mano, dirigiéndose a la enfermería donde se procedió a detener la hemorragia e introducir el miembro amputado en una caja de hielo normal mientras llegaba la ambulancia, pero un compañero, sin conocimiento de la enfermera, cambió la mano a otra caja con hielo sintético, lo que ocasionó el fracaso del reimplante, dado que los médicos señalaron que no reunía las condiciones por el avanzado estado de congelamiento.

En primera y segunda instancia se desestimó la demanda por considerar que no existió actuar antijurídico al conservar la mano amputada, adicional al actuar con buena fe del tercero, a lo que el Tribunal Supremo casó la sentencia y condenó al asistente técnico sanitario en €9,000.00 de los €120,000.00 reclamados, con base a la doctrina de pérdida de oportunidad, bajo el fundamento que la enfermera observó el cambio de recipiente de la mano y no advirtió o realizó actividad tendiente para conservar la mano en el estado anterior; es decir, al hielo natural y no sintético, sin que ello signifique la causa del fracasado implante, que aun con el mejor estado pudo no ser exitoso.

Como era de suponer, la falta de experiencia de los Tribunales respecto a este rubro proporcional indemnizable, no ofreció una probabilidad estadística de éxito del reimplante ni tampoco explico el cálculo de la indemnización. (cfr. Luna Yerga, 2005, p. 11-12).

No obstante, otra vez los franceses se ubican en la palestra de innovación, jurisprudencia que resulta del ataque de la Resolución de 4 de abril de 1958 contra un médico y una clínica de Paris, en el que una señora dio a luz a las 17:50, hijo que muere poca horas después a las 22:45 a causa de una hemorragia a causa de fibrinólisis⁶⁵; previamente se había determinado por los juzgadores, una vez analizado el aporte de los expertos, que el médico no había fallado en su obligación de diligencia y que la hemorragia por fibrinólisis había sido diagnosticada y tratada correctamente y tempranamente.

Los jueces de segundo grado consideraron, una vez analizado el juicio de los expertos, que una hora y media después del parto se dejó a la paciente en la

⁶⁵ La fibrinólisis consiste en la degradación de las redes de fibrina (proteína con la capacidad de formar redes tridimensionales de vasos sanguíneos y tendones) formadas en el proceso de coagulación sanguínea, evitando formación de trombos (formación de coágulo en el interior de un vaso sanguíneo y uno de los causantes de un infarto agudo de miocardio).

sala de operaciones, pero sin la asistencia de un profesional y sin precaución para designar un reemplazo, cuando en el caso de una hemorragia de este tipo, la presencia de un médico es necesaria y adicional a ello, desde las 19:50 debió analizarse la coagulación de sangre.

Se destacó que una inyección tardía del fibrinógeno por el obstétrico no podría disminuir la gravedad de la fibrinólisis, incluso si se tratará de un parto normal, ya que esta enfermedad era extremadamente grave en 1958, antes del descubrimiento de los antiinflamatorios, pero también se hizo mención que el facultativo no pudo ignorar que un tratamiento inmediato pudo ganar velocidad en el proceso de agravación, y por lo tanto permitir a la paciente curar.

De forma más decisiva, la Corte de Casación Francesa pudo deducir que se privó a la señora de oportunidad de curación y de ser asistida por un médico en el que colocó su confianza, (con derechos contractuales). La falta del médico al no cumplir con sus obligaciones de medio, ha hecho que la señora perdiera la «posibilidad de curar» por un retraso para revisar la coagulación de la sangre o la inyección tardía del fibrinógeno, al ser obstetra, especialista, se asume que conocía y que no era correcto renunciar a su deber ante tal escenario.

De su actuar prosiguió la muerte de la paciente causada por hemorragia debida a la fibrinólisis, del cual hubiese permitido la sanación.

Por si hay dudas de que Francia es la cuna de la «chance de supervivencia», dice Parra Sepúlveda (2014, p.291) parafraseando a Tunc y a Chabas que la primera aparición en Francia, de la figura «*perte d'une chance de guérison ou survie*» se analizó en Grenoble, por medio de resolución de 24 de octubre de 1962, donde un médico no advirtió en una radiografía la existencia de una fractura en la muñeca del enfermo, permitiéndole a este regresar a sus labores normales sin mayores cuidados; 7 años después, tras un fuerte dolor en la misma muñeca; otro médico indicó que se trataba de una fractura, por lo que

procedió a entablar una demanda contra el primer facultativo por «error en su diagnóstico», afectado por invalidez y privándole la oportunidad de los cuidados debidos.

Otro caso data del 14 de diciembre de 1965, Corte de Casación Civil del país galo, en el que se condenó al médico por su conducta «error de diagnóstico» por prescribir un tratamiento equivocado a un menor que se había lesionado el brazo en un tobogán, con una supuesta «fractura sin desplazamiento del húmero derecho», pero se trataba de luxación de codo, siendo limitado el movimiento de dicho brazo, por lo que fue indemnizado a pagar 650.000.00 francos a los representantes del niño por «pérdida de oportunidad de curación». No pudo determinarse el grado de curación del paciente, pero sí existió culpa en el médico al no permitir ver la evolución correcta en caso de aplicar los procedimientos conocidos por la ciencia.

España, tampoco ocupa el segundo lugar, y es que en Estados Unidos, se hace constante referencia al caso *Hicks* contra *United States* de 1966, referente a la pérdida de oportunidad de curación de un paciente de obstrucción intestinal porque erradamente se diagnosticó «gastroenteritis». El convaleciente acudió al *United States Naval Amphibious Base* por sus frecuentes vómitos y dolores abdominales; en diez minutos se le proporcionó el citado diagnóstico, y simplemente recetó dos medicamentos, al llegar a casa fallece por no tratarse a tiempo la oclusión intestinal.

La Corte respectiva: *United Court of Appeals for the Fourth Circuit* estimó que la conducta médica fue negligente y en ella se sacrificó una oportunidad substancial de sobrevivencia (*substantial possibility of survival*) (Allen, 2017, p.535-536; Medina Alcoz, 2009 p.38; Galán Cortés en Parra Sepúlveda, 2014, p. 297).

9.1.1. Pérdida de oportunidad de curación

Para entrar en materia, regularmente el error de diagnóstico ocasiona un retraso o deficiente tratamiento y durante ese periodo se pierde «tiempo valioso». En estos supuestos de pérdida de oportunidad, mientras los plazos transcurren, en vez de estratificar el riesgo que ya existente en el paciente, realmente lo que hace es aumentarlo y mientras tanto avanza la enfermedad.

De tal modo, en la oportunidad perdida por curación, la asistencia médica no causa un nuevo daño, sino que fortalece el ya existente y con ello limita o sacrifica los umbrales positivos que tenía el paciente de «curar», es el deterioro a la salud del paciente, cuando antagónicamente el médico tuvo la ocasión de curarlo: « (...) aunque no pueda determinarse si la víctima hubiera padecido tal o cual enfermedad (o hubiera tal o cual recuperación), se puede saber con certeza que al menos ha perdido alguna oportunidad de no sufrirla (o de recuperarse)» (Parra Sepúlveda, 2014, p. 285-286).

Así pues, se priva al paciente de una legítima expectativa, ventaja de mejorar la salud o extirpación de un perjuicio venidero, todo ello por medio de un cuestionable actuar médico.

Pero se reitera, se pierde oportunidad, aleas y umbrales, porque el paciente debe tener luz considerable ante tanta oscuridad, probable de alcanzar hasta antes del evento. Estas ideas intentan ilustrar que el daño en estos supuestos, es aniquilar la alternativa de curar y no el detrimento físico en *natura*.

9.1.2. Pérdida de oportunidad de supervivencia

Si bien existe una diferencia notable entre la curación y la supervivencia, no podemos negar que la esencia de estos dos supuestos es el mismo, las expectativas arruinadas por el médico.

Huelga decir que en los casos de supervivencia (o sobrevivencia) la enfermedad o infección que aquejaba al paciente ya pasa a ser letal, y el resultado final será la «muerte» del convaleciente, sin que ello suponga ser el rubro a indemnizar, puesto que no se puede asegurar que la conducta del galeno haya sido la causa única del deceso, pero se evidencia que la participación del facultativo no fue evitarla.

Entre responsabilidad total *versus* oportunidades perdidas, una de las formas de distinguirlos es averiguando el nivel de probabilidad mediante las aleas, y si resultará muy elevado su umbral positivo (ej.:95%) se podría estar ante una pura responsabilidad médica en el que trajo nuevos elementos al escenario ya paupérrimo, ya que la posibilidad figuraba como incuestionable.

Retomando, la pérdida de oportunidad de supervivencia supone el cese de esperanza de vivir, la cual supone un delicado estado de salud del paciente, y en el que el médico, por medio de su conducta no lleva a cabo las leyes del arte, las gestiones necesarias para sostener la vida del paciente, manifestándose su efecto con el mediato deceso del paciente.

En efecto, la pérdida de oportunidad presenta en estos casos, la particularidad del nexo causal que descansa entre el hecho ilícito y la chance del paciente en sobrevivir, pero no la muerte en sí. (Tapia 2015-2016, p. 243).

Así pues, por medio del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso, sede de Valencia (España), a través de resolución de 28 de septiembre de 2018, comenta sobre la posibilidad de supervivencia donde ya no existe capacidad de curación (como conceptos distintos), en la que también se deberá respetar el tiempo de vida que puede llegar a tener el paciente (en este ej. diagnosticado con cáncer de pulmón), y que de ningún modo debe ser arrebatada por negligencia galénica, sino por el contrario preservarla:

«Cuando la enfermedad se diagnostica en fase inoperable, no existe posibilidad de curación en casi ningún caso, pero sí de tratamiento. Las distintas combinaciones de quimioterapia, radioterapia y fármacos de nuevo cuño permiten alargar significativamente la supervivencia de estos enfermos, así como mejorar sus condiciones. Las posibilidades de tratamiento y la estimación de supervivencia empeoran según aumenta el grado de diseminación de la enfermedad. »

Muy por el contrario de lo que se cree, el paciente tiene derecho a la salud en todo momento, aun cuando sean muy limitadas sus expectativas, es por ello que resulta útil hablar de oportunidad de curación y supervivencia como cuestiones distintas. De otro modo, puede ser que el doliente no cure, pero su esperanza de prolongar su vida sugiere la distinción de estos supuestos de la pérdida de oportunidad en materia médica.

9.2. Aspectos a tomar en cuenta para aplicar la pérdida de oportunidad en materia médica

Existen aspectos a tomar en cuenta al momento de escudriñar la causa que pudo ocasionar la pérdida de oportunidad en materia sanitaria, y así determinar objetivamente las cuotas de posibilidad y de participación de los practicantes de la salud, lo cual sin duda puede cambiar el escenario en el que se presenta cada caso.

9.2.1. El estudio y avance de la ciencia respecto a la patología

Existen patologías que no encuentran un avance significativo en la ciencia, y de ellas se puede presumir equivocadamente que existe una alta probabilidad de curación o supervivencia, pero como anota Blas Orbán (2003, p.

204) «La humanidad, en su forma de enfermar, es diferente a lo largo de la Historia, pues cada civilización importa una nueva y diferente patología».

Rodríguez López (2004, p.114), utiliza el concepto «Riesgos de Desarrollo» cuando defiende a la medicina como ciencia de muchos esfuerzos y avances pero que no es exacta: « (...) la evidencia que (sic) de que no todas las enfermedades tienen solución por mucho que el médico y el paciente lo deseen, y la posibilidad de un diagnóstico no certero», ejemplo de ello: « (...) la aparición de nuevas enfermedades». Este concepto, «riesgo del desarrollo médico», es la aventura desconocida y excepcional que no ha podido ser explicada por la doctrina médica debido a sus limitaciones, y que, por hipotéticos, no forman parte del deber de información del médico al paciente. Este elemento es tan considerado, que la jurisprudencia española ha llegado a excluir estos casos de la responsabilidad de la administración sanitaria, pero sin aplicarse con efectos retroactivos luego de su reconociendo (Rodríguez López, 2004).

Rodríguez López (2004, p. 114-115) ofrece más que un ejemplo de los riesgos del desarrollo: «En el ámbito de la asistencia sanitaria algún sector doctrinal, antes de la Ley No. 4/99, ya había intentado considerar como un supuesto de fuerza mayor la transmisión del Sida o de la hepatitis C, con anterioridad al conocimiento de los medios adecuados para su detección y que podemos centrarlos en octubre de 1985 y abril 1987. De esta forma las personas afectadas lo han sido como consecuencia del estado de la ciencia en un momento determinado que no ha permitido evitar la contaminación, por lo que, al tener esta calificación el riesgo la Administración quedaría exonerada de responsabilidad».

No sería justo achacar responsabilidad al galeno que diligentemente ha intentado descubrir la etiología, encontrar una cura o paliativo, cuando realmente no tiene como hacerle frente al padecimiento toda vez que el avance de la ciencia es limitado mundial o regionalmente; enfermedades bastante inusuales u

ofensivas; y realmente no exista culpa en el galeno en el avance de la enfermedad, ya que incluso con las pruebas médicas necesarias (en caso de existir), no se habría detectado o de detectarse no pudiera ser tratada.

Es decir, el tratamiento nunca llegará, o al menos no con miras de resolver las dolencias del afectado, puesto que la enfermedad supera a la ciencia. Se tienen enfermedades casi incurables que han llegado a nuestros días con infinidad de pretextos, inclusive con la de «curas fallidas de otras enfermedades».

Claro está que al no ser científicos es imposible precisar estas enfermedades, o puntualizar si corresponden a una «guerra biológicas o bioterrorismo»⁶⁶ o modificaciones a virus mortales, que por mera «coincidencia» mayormente nacen en tiempo de guerra o de crisis social. Entonces, actualmente el progreso de la medicina crea altas expectativas de vida, pero con el progreso de la medicina van surgiendo nuevos y considerables problemas médicos sociales (Blas Orbán, 2003, p. 204).

Sin ánimos de precisar fehacientemente que estas enfermedades sean creadas a propósito o por la naturaleza, lo cierto es que influyen en la actividad del galeno, ya sea a la hora del diagnóstico o tratamiento, por tratarse de situaciones críticas, remotas, pero con secuelas significativas y hasta mortíferas poco o muy estudiadas por la ciencia.

Algunos ejemplos en los que el galeno diligente medio, en un estado común no podrían atender, o que en algún momento de la historia fueron indescifrables y llegaron a proyectarse como alarmantes pandemias reduciendo significativamente las expectativas de vida y el tratamiento en el paciente son:

⁶⁶ El Bioterrorismo es el término utilizado para definir el empleo criminal de microorganismos patógenos, toxinas o sustancias dañinas contra la población con el propósito de generar enfermedad, muerte, pánico y terror. cfr. <https://es.wikipedia.org/wiki/Bioterrorismo>

«*La dama o fiebre española de la Primera Guerra Mundial*», «*Polio en África*», «*Fiebre de Lassa*», «*Tifoidea en el Medio Oriente*», «*Cólera*», «*Ántrax*», «*Fiebre amarilla*», «*SPH (síndrome pulmonar por hantavirus)*», «*Viruela de los conflictos de América del Norte*», «*Malaria y hepatitis provocada para probar curas*», «*Gripe porcina (H1N1)*», «*Síndrome Respiratorio Agudo Grave (SARS- Severe Acute Respiratory Syndrome)*», «*Gripe aviar H5N1 desde 1997*», «*El reciente brote de Ébola*», «*VIH/SIDA*»; y por supuesto «*El cáncer*» que de la noche a la mañana es galopante sin que medie una razonable justificación de su frecuente etiología, entre muchas otras enfermedades.

De igual modo se incluye las enfermedades «raras» o «remotas», difíciles de precisar por su baja frecuencia y que en conjunto solo afectan el 7% de la población mundial, por lo que los avances científicos son igual de escasos: «*Síndrome de Brugada*»: aumento del riesgo de «*muerte súbita cardíaca*»; «*Porfiria eritropoyética: dolor agudo por sensibilidad extrema a la luz solar*»; «*CIP: Insensibilidad congénita al dolor*», etc. También aquellas que hasta la fecha no tiene una cura: «*asma*», «*diabetes*», «*lupus*», «*SIDA*», etc. (en este caso si es reprochable el diagnóstico y tratamiento paliativo para aumentar la expectativa de calidad de vida del paciente).

Así, «si los niveles de probabilidad no resultan claros (a menudo se trata de etiologías complejas) o directamente no son altos» (Asúa, 2008, p. 30), de suerte que no conviene hacer un estudio de probabilidades porque de seguro la calculadora arrojará un número que no precisamente recae sobre la conducta del galeno sino por la ausencia general de herramientas técnicas.

Se considera importante incluir este apartado, porque no hay duda de que estas catástrofes se seguirán dando durante la existencia de la Humanidad, y ciertamente resulta importante demostrar que pueden existir enfermedades (no necesariamente pandemias), cuyo diagnóstico o tratamiento escapan de la medicina común, lo que indubitavelmente influye al estimar la cuota de

oportunidad perdida y el hecho del cual supuestamente deriva, apreciándose como parte de las aleas negativas del paciente fundadas en las patologías, semejante a lo que ocurre con el caso fortuito y fuerza mayor.

9.2.2. Estado de la patología en el paciente

El estado de salud del paciente juega un papel muy importante al momento de peritar las «chances». Esto es así porque existen enfermedades y padecimientos que son capaces de producir el daño final por sí solos, por lo que la intervención del médico resulta ser un satélite del planeta patológico.

El tratamiento médico oportuno puede que no sea suficiente para evitar el desenlace fatal debido a la enfermedad, su dimensión y extensión. Esta característica es sumamente importante, porque es el referente del umbral, es el epicentro de donde dimana la expectativa y las rebanadas que no suponen ser cargas del galeno.

El paciente acude con afectaciones que lo inclinan algo: a la muerte o mucho a la vida, empeorar o curar, y a partir de aquí se clasifica la chance y luego el actuar médico reprochable, cuando ya se habla de no curar, no sanar ni sobrevivir. En ese mismo orden de ideas, lógico resulta que el paciente, al comparecer al quirófano, debe tener oportunidad de curar o vivir ya que sin chances no tiene aplicabilidad la figura en estudio.

Se reitera el ejemplo del paciente que llega con cáncer, que se encuentra en estado de metástasis desde que solicita atención médica, y el galeno se

retarda injustificadamente en emitir una opinión, obviamente las chances ya estaban muy comprometidas por una situación arraigada al paciente, y si bien no se excusa la falta del facultativo, tampoco se le puede imputar el daño porque llegó con bajos márgenes de mejora, ya que cierto es, que las oportunidades limitadas también deben ser estimadas en el juicio.

Otro ejemplo puede ser el de los pacientes que no han sido vacunados contra pandemias que se recomiendan a edad muy temprana y llegan con padecimientos severos y oportunidades prácticamente mutiladas.

Moure (2018), dedica un apartado a la cualidad de debilidades previas del enfermo y lo denomina: «El estado previo del paciente y su disposición al daño en un entorno de riesgo: ¿Más o menos indemnización?»

Gómez Giraldo (en Gutiérrez y Gómez 2017, p. 134) ha dado su opinión respecto a este factor, cuando anota que: «El paciente está reducido, por la enfermedad que padece, a unas oportunidades de lograr su bienestar, las cuales dependen entre otros factores de la actuación del cuerpo médico que lo atiende», bajo esta premisa no se puede pasar por alto el estado y avance de la enfermedad del paciente cuando se requiere de la atención sanitaria.

En Estados Unidos, la Corte de Apelaciones de Illinois, Primer Distrito, Tercera División, en 1997, en el caso *Aguilera contra Mount Sinai Hospital Medical Center*, que se desarrolló tras los hechos en que el señor Aguilera fue ingresado al cuarto de urgencias en dicho Hospital el 19 de abril de 1987 por quejas de entumecimientos en el lado izquierdo de su cuerpo, cuando llegó con su hermano a las 2:00 a.m. (en el historial clínico se registró las 3:00 a.m.), inconformes de la demora excesiva en la atención, dado que no fue hasta las 9:30 a.m. que es trasladado al «CT scan» (*computed tomography scan*, en español: CAT).

En este momento se reveló una segunda hemorragia intracerebral masiva de 4 a 6 centímetros, entrando en coma ese día y luego su deceso a causa de un paro cardíaco tres días después, caso denominado por sus procuradores como parte de las «*Wrongful death*».

La decisión adoptada se mantuvo en segunda instancia al recurrir en apelación, dando a entender que la chance en materia médica toma en cuenta el estudio de la ciencia, la enfermedad y el estado de salud del convaleciente.

En este caso existió demora en realizar las pruebas previas de rigor, lo que a su vez retrasó el «*CT scan*», pero para los jueces esto no disminuyó la efectividad de un posible tratamiento a las ya arruinadas esperanzas de sobrevivir.

El tribunal encontró que el demandante no pudo probar la causalidad porque la prueba reveló que no había tratamiento médico disponible para la enfermedad fatal del difunto, incluso si el tratamiento adecuado se habría realizado en forma oportuna, adicional a que no existieron evidencias para respaldar las opiniones de que la negligencia disminuyó la efectividad del tratamiento:

De manera similar, los acusados aquí argumentan que no se ofreció evidencia que una tomografía computarizada y un diagnóstico de la pequeña hemorragia talámica hubiera llevado al tratamiento para prevenir o disminuir la segunda hemorragia masiva que causó la muerte de Aguilera.

(...)

El registro revela que ciertos medicamentos estaban disponibles como una alternativa a la cirugía. Pero la experta en defensa, la Dra. Kari Stefansson, declaró que la falta de administración de estos

medicamentos no habría sido una desviación del estándar de atención. Esta opinión no fue controvertida. Ninguno de los expertos del demandante declaró que la medicina debería haberse administrado después de una tomografía computarizada anterior o que la falta de administración de la medicina hubiera sido una desviación de la atención estándar. Ningún experto declaró que la medicación habría disminuido la lesión que causó la muerte del demandante: la segunda hemorragia. Hamilton declaró que no sabía de ningún medicamento que hubiera prevenido la segunda hemorragia o que hubiera detenido la hemorragia una vez que comenzara.⁶⁷ (El subrayado es nuestro).

Notorio es que la hemorragia cerebral no presentaba muchas alternativas de supervivencia, y la tardanza no fue causa de la pérdida de supervivencia, ni mucho menos la causa del daño final (muerte), como bien señalaron los expertos: no conocían alternativa o medicamento que hubiera prevenido la segunda hemorragia una vez comenzara, por lo que la patología del paciente, por sí sola, limitaba los contingencias favorables.

En este caso estamos ante una situación que, por muy difícil que parezca, merece un análisis objetivo, el primero de ellos radica en que existió una excesiva tardanza en el diagnóstico del mal que aquejaba al señor Aguilera, lo que por sí sola supone una negligencia médica, pero se recuerda que el factor

⁶⁷ Texto original en inglés: «Similarly, defendants here argue that no evidence was offered that an earlier CT scan and diagnosis of the small thalamic bleed would have led to treatment to prevent or lessen the second massive bleed that caused Aguilera's death

(...)

The record does reveal that certain medications were available as an alternative to surgery. But defense expert Dr. Kari Stefansson testified that failure to administer these medications would not have been a deviation from the standard of care. This opinion was not controverted. Neither of plaintiff's experts testified that medicine should have been administered following an earlier CT scan or that the failure to administer the medicine would have been a deviation from the standard of care. No expert testified that medication would have lessened the injury that caused plaintiff's death-the second hemorrhage. Hamilton testified that he knew of no medication that would have prevented the second hemorrhage or stopped the bleeding once it began».

de atribución no es suficiente para invocar la responsabilidad civil, dado que se merece el acaecimiento de un daño que debe tener vínculo causal con el hecho ilícito.

Una mejor guía podría ser: *Perkey contra Portes-Jarol (Illinois Appellate Court-Second District. 2013)*. El perito de la demandante declaró que el cáncer de páncreas de la difunta probablemente era incurable, independientemente de cualquier tratamiento en el momento en que fue vista por el médico acusado (Zupanci, 2014, p. 2) y por tal motivo no se pudo demostrar su chance de sobrevivir.

Se hace referencia a la necesaria tendencia cierta del paciente de su predisposición, un estado de salud deteriorado o un estado físico altamente vulnerado o afectado que cercena por naturaleza sus probabilidades.

Pero la patología también puede juzgar a favor, como el caso decidido por medio de sentencia de 20 de marzo de 2012 (Tribunal Supremo de España), en el que la paciente presentaba un tumor en cérvix no diagnosticado a tiempo, confirmando la sentencia de primera instancia que otorgó lo solicitado de 250 mil Euros. En dicho caso el ponente reflexionó tomando en cuenta la edad de 34 años de la paciente al momento de la intervención médica que involucró la pérdida del hijo que esperaba, así como la imposibilidad de procrear.

La incertidumbre de la intervención se centra en que uno de los peritos indicó que no era seguro, que de ser intervenida (con anterioridad) se hubiese afectado su incapacidad de reproducción; pero, también era posible que lograra preservarla, tomando en cuenta que anterior a este evento, la paciente ya había tenido un hijo, y se quejaba de dolores desde ya hace varios meses antes.

Este evento causó un cuadro depresivo a la paciente ya que una buena y oportuna *praxis* médica pudo evitar una intervención quirúrgica agresiva. En este litigio las condiciones de la paciente al momento de requerir la atención, sus

antecedentes de concepción y la edad fueron indispensables para estimar su chance cierta.

La diferencia con el punto anterior (cfr. pto 9.2.1. de este cap.) es que en esta se evalúa la reacción y el avance de la enfermedad en el paciente al momento de requerir la asistencia, sin importar que la enfermedad sea curable o incurable como ocurre *ut supra citatum*, puesto que el factor temporal al momento de requerir la atención puede hacer que se cruce de un campo a otro y así disminuir sus propias aleas favorables como un aspecto intrínseco del organismo. En el punto anterior se atiende a la propia enfermedad como limitante de las aleas; es decir, por aspectos extrínsecos al paciente, que, si bien mantiene la enfermedad, la misma tiene una etiología poco favorable.

9.2.3. Participantes del acto médico y otros

Como se mencionó en el capítulo anterior, es normal que los médicos se valgan de la ayuda de otros profesionales para llevar a cabo tareas específicas, tal es el caso de enfermeras, cirujanos, especialistas, etc., los cuales sin duda mantienen una línea de subordinación con el jefe del equipo médico, situación que ya fue abordada, donde la premisa mayor es que el líder del equipo se responsabiliza de los errores cometidos por el equipo.

Sin embargo, debe estimarse que cada médico tiene una formación distinta y una experiencia que va de acuerdo con las enfermedades que se desarrollan según el sector geográfico en el que se desenvuelve, su especialidad, su normal actuar, experiencia y su actualización constante en la materia.

Existen otros casos en que la participación de una persona en el acto médico es individual, y ello debe tomarse en cuenta, puesto que la oportunidad frustrada parte de hechos determinados, tal es el caso particular del

anestesiólogo, que muchas veces interviene previamente a la cirugía, cuando ya es normal escuchar que este especialista proviene de una empresa o corporación distinta a la que dirige el médico en jefe, (la llamada tercerización), y por ende, no mantiene ninguna responsabilidad directa con el equipo médico, (aunque la corriente mayoritaria sostiene que el médico en jefe siempre será el responsable de velar por el íntegro proceso de intervención médica sobre el organismo).

Aquí también se ubican las limitaciones de recursos del Centro Médico que como persona jurídica tiene la capacidad de contraer derechos y obligaciones, como por ej.: ordenando el traslado o derivación del paciente, falta de ambulancias causando demoras excesivas, la participación negligente de otros auxiliares o terceristas, listas de espera, entre otros factores que son esenciales para determinar la legitimidad y verdadera participación de los posibles demandados, todas ellas que pueden influir en una oportunidad frustrada en materia de curación y sobrevivencia.

Fuera de ello, existen eventos concatenados de varios especialistas con sus propios equipos médicos, de forma sucesiva, concurrente y significativa, a lo cual merece fijar la proporción de participación en la destrucción de «*la chance*»; cuota que complica los niveles de responsabilidad y las verdaderas cargas: una anestesia conducida por la enfermera sin conocimiento del médico, (...) o de la anestesia imprestable, o un funcionamiento defectuosos de los equipos utilizados por el médico⁶⁸ (Moreira, 2008, p. 174).

Estas particularidades, sin duda ameritan juzgar la participación de cada auxiliar de la medicina. Por su parte, se enfatiza que con el anestesiólogo o

⁶⁸ Texto original en portugués: «Casos que espelham o erro na organização do serviço são: um anestesista conduzido por uma enfermeira sem que o médico soubesse da operação, ou o caso de intervenção tardia do enfermo, ou da anestesia imprestável, ou um funcionamento defeituoso dos equipamentos utilizados pelo médico».

radiólogo existe una independencia profesional, aunque quizás no administrativa, situación que se acentúa cuando, al aplicar sus funciones, lo hacen con sus propios métodos, experiencias y las órdenes del médico realmente pasan ser orientaciones o recomendaciones.

Una referencia judicial que se cita respecto a estos casos se dio en Connecticut⁶⁹, Estados Unidos, caso *Mark C. Peterson, Executor (Estate of Christopher B. Peterson)*, y otros, contra *Ocean Radiology Associates, P.C.*, y otros, decisión de 28 de marzo de 2008. Los demandantes, Mark C. Peterson y Todd B. Peterson, ejecutores de la demanda interpuesta (en nombre del fallecido Christopher B. Peterson) apelaron la decisión de primera instancia que absolvió a la sociedad de radiólogos y el señor Leonardo A. Copertino (radiólogo).

El evento fáctico de importancia tiene preponderancia en la alegada prueba «X Ray» (rayos X o radiografía) en el pecho del paciente, entre julio y octubre de 2001, en el que radiólogo Copertino no se percató del aumento de la densidad del hilio⁷⁰ izquierdo presente en la radiografía de tórax.

No fue hasta marzo de 2002 que el ahora fallecido fue diagnosticado con un extenso carcinoma de pulmón de células pequeñas, (pereció poco tiempo después del extemporáneo diagnóstico, julio de 2002).

Se reprochó la negligencia y descuido del radiólogo Copertino de forma personal y en nombre de *Ocean Radiology Associates, P.C.*, por ocasionar dolor, angustia y provocar una «decreciente expectativa de vida», perdiendo chances de logro positivo de curación por el transcurso excesivo del tiempo para este tipo

⁶⁹ En Connecticut, similar a los demás estados de Estados Unidos, el demandante debe probar que la negligencia conducía a lo «más probable que no» («*more likely than not*») afectar el posible actual beneficio.

⁷⁰ Fisura o depresión cóncava en la superficie de un órgano.

de afectaciones y el sufrimiento de una agresiva intrusión médica, que en el evento de sobrevivir pudo tener paliativos por medio de tratamientos aceptados por la doctrina médica y así compartir más con su esposa, hijos y nietos durante sus días restantes.

Si bien el caso fue confirmado dado que no se demostró una posibilidad sería por encima del 51%, como excesivamente requirió el juzgador, lo cierto es que el recurrente-demandante se apoyó en una posibilidad de supervivencia contra de un experto de la salud distinto al médico, y de tal modo intentó evidenciar el evento en que se pierde esta chance.

Otro caso que engloba los posibles participantes del sacrificio de la chance (supervivencia o curación), tiene que ver con el imposible traslado del paciente en tiempo oportuno, lo que de algún modo deterioró las chances de supervivencia del paciente. Estamos haciendo alusión al caso del Consejo de Estado colombiano, sentencia de 27 de septiembre de 2018.

En este litigio de reparación directa contra el Estado – Ministerio del Interior y otros, el 28 de junio de 2005, el menor C. R. (reservamos el nombre: menor de edad) falleció en el Hospital Universitario del Valle, dado que no se le brindó una oportuna e idónea atención en el Hospital San Francisco de Asís de Quibdó, al cual fue remitido de manera tardía porque en el primero: «no se disponía del servicio de medicina interna por problemas administrativos».

Vale la pena resaltar que el infante mantenía un diagnóstico grave: «diabetes mellitus descompensada, deshidratación grado dos, síndrome febril en estudio, cetoacidosis diabético y fiebre *plasmodium falciparium*» y por su calidad de menor era un paciente de «especial protección», por lo que existía una suma obligación de proporcionar atención integral y continúa en pro de su salud, sin problemas administrativos, contractuales, económicos u otros pretextos para negar el tratamiento médico, como rescata la judicatura.

En síntesis, el paciente no pudo ser traslado (vía aérea) al Hospital del Valle porque no se presentó a SATENA (aerolínea comercial de pasajeros propiedad del Estado Colombiano) la certificación médica que reportaba la enfermedad del paciente, requisito indispensable para este tipo de transporte. Adicional a que ya había abordado, otro paciente enfermo que también debía ser transportado en camilla. Entonces, respecto a la participación del SATENA, el imparcial rescata un elemento que colabora a la reflexión del nexo causal y la participación de cada individuo a la hora de medir las participaciones y frustrar las chances:

«En cuanto a la responsabilidad que se le endilgó a SATENA a lo largo del trámite de la presente acción, la Sala, con fundamento en los medios probatorios con los cuales cuenta el proceso, concluye que no es posible establecer que esa empresa hubiera incurrido en falla alguna del servicio o, incluso, que hubiere restado probabilidades u oportunidades de curación al paciente, pues lo cierto es que de conformidad con la normativa aeronáutica vigente para la época de los hechos, contenida en el oficio suscrito por el gerente regional el 10 de junio de 2005, por razones de seguridad aérea, no resultaba posible transportar a más de una persona enferma en camilla a bordo de un vuelo operado con aviones "Dornier 328"; (...).»

Evidentemente, las chances se proyectan en las cuotas de expectativas y la indemnización en las porciones aniquiladas, pero este porcentaje de expectativa cercenada se complica cuando aparecen varios gestores, y lo que se busca demostrar es que no solamente el médico acaba con las chances de curación y supervivencia.

Vale acotar que en este litigio, solamente, uno resultó ser responsable, el Centro de Salud que omite la tramitación «vital» para el traslado del paciente, en este caso es un daño derivado de una actividad de la administración y no precisamente un «acto médico».

9.2.4. Obligación del médico - medio o resultado

Como bien se explicó, este tema se apega al desarrollo de ciertas actividades y profesiones (*lex artis*) y es que no se debe obviar que existen actividades casi garantizadas (resultado) y otras que dependen de otros factores (medio) y en este punto destaca que la víctima se encontraba en mayor o menor probabilidad de lograr el éxito, un curso causal más certero que otro.

Regularmente las obligaciones son de medio y no de resultado, pero cuando se trata de esta última entonces se cuestiona si es normal hablar de pérdida de chance, cuando la actividad suponía casi una garantía.

Esto nos inclina a escudriñar sobre la medicina voluntaria o satisfactoria, «en el que se acude al médico no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o para la transformación de una actividad biológica –la actividad sexual- (...)» (Blas Orbán, 2006, p. 56); entonces; ¿El paciente estaba sano antes de la intervención? ¿Por qué se habla de chances? ¿Para reconocer daños finales parcialmente? ¿La información rigurosa de los riesgos parcializa la responsabilidad?

Por otra lado, la medicina curativa o necesaria involucra la existencia de alguna patología, motivando la búsqueda de la asistencia médica en los cuales destacan las reacciones del individuo, la ciencia, entre otros factores, cuyos resultados médicos no pueden tildarse siempre de certeros o eficaces en todos los pacientes, pero si la exigencia de máxima diligencia y cuidado como respuesta a la ley de su arte, aunque existan elementos aleatorios que escapen del control del galeno (Blas Orbán, 2006, p. 52).

Estos dos conceptos: medicina voluntaria y medicina satisfactoria, de solo escucharlos aportan a nuestra consciencia, ya que se encuentran profundamente vinculados a los conceptos de obligación de medio y obligación de resultado.

En la medicina satisfactoria entra en juego el mismo contrato, dado que la finalidad es pactada y su obligación es perseguir tal fin, sin la necesidad de atender una enfermedad; en estos casos, generalmente, el paciente acude al médico para el mejoramiento de un aspecto físico o estético u otros aspectos en el que no debe emplear más que medios tradicionales de operación para llegar a la finalidad esperada, y, por consiguiente, mayor garantía en el resultado (Blas Orbán, 2006, p. 56-57).

En cambio, sigue diciendo el autor que existen cuestiones que se discuten en las obligaciones de resultado, posibles de no lograr lo esperado, por lo que se recurre a una de las diferencias aceptadas en el actuar médico, la información al paciente de los riesgos a que se expone voluntariamente y así tomar su decisión libre, no condicionada, ante una obligación de «medios acentuada».

Por su parte Esmien citado por Vicandi (2017) prefiere no hacer distinción entre estos conceptos y anota que estamos ante una obligación híbrida: «una obligación de resultado atenuada», en la que la culpa del deudor es posible exonerarse cuando pruebe diligencia debida en sus actuaciones en concordancia con el «factor reaccional del paciente», factores de edad, predisposición genética o sus hábitos que alternan la pretensión de la actividad (p.22).

En ese mismo orden, Galán Cortés precisa que el cirujano tiene una obligación de medios «acentuada» salvo que se haya comprometido a un

resultado dado que allí también intervienen elementos aleatorios (en Vicandi, 2017).

Entonces, a causa de los insoslayables riesgos que involucra toda operación parece ser una cuestión dudosa suponer que si es posible la existencia de chances en este tipo de obligaciones (resultado) y cuestionar si los derivados son de aquellos predecibles avisados al paciente y correlativamente, la probabilidad de no obtener el resultado que se espera, ya que hay casos que escapan de las manos del cirujano.

De tal modo, ¿en las obligaciones de resultados existen pérdidas de chances cuando el paciente no tenía dolencia que lo aquejaba? ¿Las avenencias no predictibles y no contempladas como riesgos en las obligaciones de resultado suponen un daño en la oportunidad? Usualmente este tipo de consideraciones se resuelven indicando la separación entre medios y resultado, aunque innecesarias en medicina. A nuestro parecer, la respuesta involucraría una excesiva investigación del riesgo remoto en las de resultados por tratarse de procedimientos casi mecánicos.

Ergo, en igual medida, no aceptar la pérdida de chance con respecto a las obligaciones de resultado, sería no poder indemnizar por ciertas materias usuales como los procesos de esterilización por vasectomía o ligadura de trompas propias del «*Wrongful Conception*» (cfr. pto. 9.3.3.1., de este cap.), o casos comunes como la estética u odontología bajo este rubro.

De ello se trata, dado que, si bien no existe una concordancia en la doctrina para dividir las obligaciones de medio o de resultado, sino que todas son de medio con categorías más exigentes, el médico debe tener una limitación en su responsabilidad y ello no rodea la exoneración de su obligación.

Pero he aquí la respuesta, cuando el propio médico garantiza resultados ya no existe discusión alguna, «Al no existir el elemento necesidad, la

contraposición de los riesgos frente a los beneficios es lo único que le permite al cliente discernir sobre la conveniencia de someterse a una concreta actividad médica satisfactiva» (Vicandi, 2017, p.35), por lo que se sostiene que, de no ser el cliente informado sobre algún riesgo, aunque sea remoto, no asumiría la contingencia y los daños derivados de la actividad.

Así pues, se aborda el «derecho de la autodeterminación» y de decisión como fundamento de la oportunidad perdida en casos de resultado cuya omisión desvanece la posibilidad de optar por tratamientos y alternativas, evitando al paciente evadir los riesgos, quizás por estrategias de mercado (Vicandi, 2017, p. 36). Si en una operación presumible de resultados ocurren contingencias habituales y no se informó de ello, el médico sería responsable pese a las reacciones predecibles, por no compartir los riesgos con el paciente.

Por ejemplo, el paciente decide operar sus brazos por exceso de grasa flácida, pero al finalizar la operación contempla una cianosis⁷¹, procediendo a amputarse sus extremidades superiores ¿si no existe tal cosa como obligación de medios para cierta ala de la doctrina, podíamos hablar que ante un posible riesgo se perdió la chance de curar? ¿Ese peligro existía antes de la operación?

Ciertamente las chances de lograr éxito en la curación eran altas, y antes de la operación el miembro estaba relativamente sano, en tal caso existe una abrupta negligencia médica que altera más que chances de éxito, ya que se cambia el normal devenir de los hechos. A este ejemplo se añade la odontología embellecedora de forma y color, prótesis dentales, las esterilizaciones mal efectuadas y las operaciones transexuales.

⁷¹ Coloración azul o lívida de la piel y de las mucosas que se produce a causa de una oxigenación deficiente de la sangre, generalmente debido a anomalías cardíacas y también problemas respiratorios. En este caso imaginemos que por obstrucción sanguínea y saturación en las vías para lograr que el torrente sanguíneo lleve oxígeno al área en cuestión.

Frossard (en Arbesú, 2006) es del pensamiento que el alea debería ser de una cierta intensidad para influenciar el contenido de la obligación, al tratarse de una noción demasiado incierta para que pueda constituir el único criterio definitorio de la obligación, más bien, lo define como una manifestación particular de un criterio genérico, de aquí que se considere que la noción de la obligación de medios se haya visto transformada por un uso abusivo del alea, siendo un ejemplo paradigmático la obligación médica en determinadas especialidades que han dado lugar a su calificación como medios y de resultado, paralelamente por la doctrina y la jurisprudencia.

Así, esta forma de calificar la obligación es significativa para Fossard, que debe centrarse en la debilidad del alea como único criterio de distinción (cfr. en Abersú, 2006, p. 56).

De tal forma, hay casos de intervenciones médicas que involucran riesgos como elementos semejantes al azar, pero no podría decirse que al mediar el principio de la autarquía personal estamos frente a supuestos de exoneración de responsabilidad por el mero conocimiento previo por parte del médico, y en caso que el paciente tenga conocimiento de ello, existe entonces un «reparto del riesgo en la obtención del resultado» (Abersú, 2006).

Se rescata que la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en las obligaciones de resultado no es la lesión derivada, tal como ocurre con el error del diagnóstico, ej.: las cirugías estéticas, la frustración se centra en comercialización agresiva, la ocultación de riesgos no informados que posteriormente pueden llegarse a materializar y hacer perder la oportunidad de haber optado por una opción distinta.

Arbesú (2006, p. 214) ensaya este sustento, tomando como ejemplo las operaciones estéticas: « (...) la falta de información no constituye por sí misma un daño moral indemnizable, sino que es necesario que se haya producido un

daño físico, fruto, en estos casos, de la materialización de un riesgo inherente de la intervención». En tal sentido, intenta convencernos con la siguiente cita jurisprudencial de sentencia de la Sala 1ª de 16 de enero de 2012, Tribunal Supremo de España, que cita de modo ilustrativo:

«El daño que fundamenta la responsabilidad no es por tanto, atendida a las circunstancias de este caso, un daño moral resarcible con independencia del daño corporal por lesión del derecho de autodeterminación, sino el que resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente.» (2006, p. 217-218)

Honestamente, se opina que la pérdida de oportunidad en estos casos viene a ser más utilizada como herramienta por los galenos para no vincular el detrimento entero, una manipulación del nexo causal, con miras a porcentuar daños.

9.3. Supuestos de pérdida de oportunidad en responsabilidad médica

La doctrina de la pérdida de oportunidad se concibe como la ecuación entre el grado de probabilidad y la función de protección que le incumbe a la administración, centro hospitalario o la profesión médica, dirigida a la salud del paciente que quizás habría sido más beneficiosa de no mediar negligencia, resultado lesivo padecido como consecuencia de la infracción de la *lex artis ad hoc*.

Dicha doctrina permite resolver a favor de la víctima que se enfrenta a un proceso judicial lo que de otra forma hubiera sido desestimado por no

acreditarse con la debida certeza los daños causados en la chance, siendo utilizada, para la resolución de numerosos y diversos conflictos como: retrasos de diagnóstico, listas de espera, falta o deficiencia de consentimiento informado, errores en diagnóstico prenatal y las acciones de *wrongful* o de responsabilidad por falta de servicio (Grau Grau, 2017, p. 208).

En general, los supuestos de responsabilidad médica son tantos que no se logran enmarcar casos específicos que sirven para ocasionar una demanda por pérdida de oportunidad, pero se citan, a manera ilustrativa, aquellos casos más comunes o visualmente posibles.

9.3.1. Ausencia, retraso o deficiencia en el diagnóstico

En la mayoría de los casos de pérdida de oportunidad en responsabilidad médica, «nos hallamos ante lo que podemos denominar daños pasivos, esto es, aquellos daños que suceden no por la acción directa del facultativo sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados» (Luna Yerga, 2005. P. 2).

En tales casos la prueba del nexo causal es materialmente imposible de demostrar dado que es difícil determinar si era la negligencia médica o bien la preexistencia del paciente lo que impide determinar el umbral de convicción que permite el sistema jurídico (Luna Yerga, 2005).

Pareciera que toda pérdida de oportunidad tendría su génesis en el diagnóstico (errado, retrasado o deficiente), situación que no se puede negar, es la regla general, pero en otras, tras un diagnóstico eficaz y efectivo, el galeno incide en conductas deficientes o imprudentes durante su gestión. No se debe olvidar que, inclusive la correcta aplicación de su ciencia puede acarrear

responsabilidad por no ejercitarla en el momento más oportuno para el paciente; (ej.: no efectuar un tratamiento a tiempo).

Cuando se habla de ausencia en el diagnóstico se hace referencia a aquella oportunidad que se pierde por la falta de realización de pruebas diagnósticas (por ej.: ante los síntomas asume un diagnóstico presumible no acreditado y se limita a recetar medicamentos o terapias comunes, o bien por la ausencia de herramientas tecnológicas, y azarosamente invade al paciente por considerar la enfermedad como definida y urgente cuando no lo es).

Ahora bien, en el retraso del diagnóstico el mismo se dictamina, pero, de forma injustificadamente tardía, convirtiendo en poco influyente alguna invasión al convaleciente, común en el campo de la sanidad ofrecida por la administración, en el que existen demoras injustificadas y se programan citas con fechas lejanas, que podrían ser determinantes para la oportunidad de curación del paciente.

Entre los ejemplos están: el crecimiento de un bulto oscuro de desarrollo incesante que requiere de un *scanner* (ecografía) para descartar que sea un tipo de cáncer. A pesar del evidente crecimiento del acceso se fija fecha de exámenes para cuatro meses, siendo notable, hasta por un imperito las presunciones de malignidad.

En dicho período se afectaron nervios y luego se logró determinar que se trataba de un carcinoma mucoepidermoide sebáceo, con metástasis en seis ganglios linfáticos, pero a pesar de los controles y radioterapias de rigor, el paciente fallece en cuestión de dos meses (cfr. sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1ª de España 11 de junio de 2002); el transcurso del tiempo en el diagnóstico comprometió su oportunidad de curar.

Con relación a un diagnóstico tardío, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, de 1 de diciembre de 2004, en España, analizó el

caso de una señora de 80 años que fue diagnosticada tardíamente de cáncer de colon, luego de nueve meses de acudir al hospital desde la primera vez.

Un año y medio después de dicho diagnóstico fallece; su hija solicitó la suma de 27.460,59 euros y la Sala concede la cantidad solicitada, pero curiosamente se motiva sobre una «falta de oportunidad» derivada por no haber contado con el diagnóstico preciso cuando las pruebas tendientes a obtenerlas resultaban obligatorias, y quizás hubieran conducido a la iniciación de tratamiento con posibilidades, al menos de dilatar el funesto desenlace, tiempo que la paciente pudo compartir con su hija (cfr. Asúa, 2008, p. 63).

Obviamente que el diagnóstico y el error médico tienen diferencias notables fijados en la negligencia del actuar clínico y se estima necesario distinguirlos.

Se está frente a errores médicos por equivocaciones involuntarias cuando el médico acató a su debida diligencia como requiere el caso y su conducta no es reprochable aunque el paciente sintió frustradas sus esperanzas (Blas Orbán, 2003), y únicamente se reconoce como causa cuando no se acatan los medios idóneos para conocer la dolencia, la culpa del galeno por falta de diligencia, a tal grado que sea perceptible la diferencia entre los errores de la medicina y los errores personales del médico (cfr. pto. 5.3.5. cap. III).

Corbella (2008, p. 138) señala que en el error del diagnóstico «ha de partirse si el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias» y que «solo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad a unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles».

Siendo así, no todo error en el diagnóstico puede ser aceptado con respecto a la pérdida de oportunidad, puesto que se debe analizar el grado y génesis de ese error (cfr. pto. 5.3.5. del cap. III).

Por otra parte, el diagnóstico deficiente (que muchos optan por denominarlo error en el diagnóstico que presenta confusiones conceptuales) supone que el dictamen dependía de pruebas específicas, técnicas conocidas y aceptadas por los gremios de la ciencia de curar (Blas, Orbán, 2003, p.197).

La Corte de Casación Francesa cita un caso de 1972. Una mujer con hemorragias uterinas y signos de cáncer acudió a un médico general, quien no concluyó con los diagnósticos respectivos; tiempo después, la enferma acude a otro médico, pero la patología ya estaba avanzada: diagnosticada de cáncer uterino.

La paciente fallece, a lo cual no se pudo endilgar la muerte de la paciente al primer médico por falta de diagnóstico, pero si se acreditó que frustró la oportunidad de salvar la vida, declarando así su responsabilidad por medio de una indemnización proporcional (Gutiérrez y Gómez, 2017).

Por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1ª (España), de 30 de enero de 2006, analizó el diagnóstico erróneo por VIH en 1991 que perdura hasta 1997, año en el que se descifra que se trataba de trombocipenia leve, condenando por daño moral, dado que el galeno no repitió las pruebas analíticas ante la normalizada vida clínica del paciente. Aquí existe un toque de negligencia, y si bien se condenó por daño moral, pudo existir una pérdida de oportunidad del desarrollo familiar del cual se privó al paciente por casi 7 años.

Desde otra perspectiva, Vicandi (2015) resalta ciertas precisiones analíticas jurisprudencias (españolas) respecto a los diagnósticos y las cualidades que debemos tener en cuenta ante la pérdida de oportunidad:

- Un joven que presentaba un cuadro de infarto, y tras dos electrocardiogramas obtuvo una mala lectura del segundo, enviado a casa con analgésicos por no considerarse grave, privándolo de recibir el tratamiento adecuado, muriendo en casa por infarto miocardio, cuando lo correcto era aplicar por tercera vez la prueba, aunque no se sabe si con una terapia en los vasodilatadores el paciente sobreviviría al sufrir un infarto (pérdida de oportunidad de supervivencia).

No obstante, el Tribunal Supremo, Sección 1ª, España, en el 2001, consideró diligente y adecuado el hecho de hacer dos pruebas y que el paciente murió 20 días más tarde, optando por una decisión del todo o nada cuando la pérdida de oportunidad en dicho país aún era incipiente.

- En el 2007, igualmente el Tribunal Supremo (1ª) de España, analizó un caso de un señor de 59 años de edad, con antecedentes de úlcera duodenal, diabetes e hipertensión arterial acudió por atención médica tras un cuadro de dolor en epigastrio con irradiación en hipocondrio izquierdo y brazo izquierdo, vómitos y aumento de tensión arterial diagnosticado con crisis hipertensiva y agudización de úlcera duodenal, remitido a su domicilio con control al día siguiente pero en la madrugada de ese día regreso al centro por malestares similares; se practicaron pruebas y se detectó un infarto miocardio extenso muriendo en horas de la mañana.

En realidad, el diagnóstico debía ir encaminado al infarto, por lo que hubo falla de terapia adecuada en tiempo oportuno, pero aun así no garantizarían curación. En ese sentido, el Tribunal consideró que se privó de una oportunidad de curar viendo el cuadro del paciente y sus antecedentes, notando una mala praxis médica y no un error común.

- Otro caso del Tribunal Supremo de España (2009), de un paciente que presentaba antecedentes de epigastralgia acudió por servicios médicos

de urgencia por dolores en el abdomen por lo que fue tratado con analgésicos; sin mejorar acudió al día siguiente y dos veces más en un periodo de 5 días, resultado que se trataba de una peritonitis que perforó la vesícula; se ordenó la inmediata intervención lo cual fue parcialmente exitosa porque presentó una infección nosocomial, siendo intervenido nuevamente.

A la sazón, más que errores médicos se reconoce la pérdida de oportunidad consecuencia de las omisiones de los galenos en investigar las dolencias de los pacientes, en otras palabras diagnosticar ante los evidentes y múltiples síntomas, antecedentes, asistencia frecuente, conductas que se tildan de «malas prácticas médicas», ocasionando pérdidas de oportunidades de curación o supervivencia.

La omisión de practicar una prueba con la finalidad de ubicar una enfermedad, ocasiona la pérdida de oportunidad cuando motiva una tardía intervención provocando consecuencias desmedidas en el paciente, afectando su estado anterior (Vicandi, 2015, p. 30), ya que la negligencia del galeno se ubica en una zona gris ante la previa enfermedad del paciente.

9.3.2. Ausencia, retraso o deficiencia en el tratamiento

Al hablar del tratamiento se refiere al global procedimiento tendiente a curar, ya sea desde una intervención médica hasta la transferencia de un establecimiento a otro, la derivación del paciente, las altas prematuras provocadas por los profesionales de la medicina, etc.

En ese orden de ideas, cualquier retraso, error abrupto o deficiencia que causa perjuicio en las esperanzas del individuo en su calidad de paciente, reprocha la oportunidad perdida por no aplicar un óptimo tratamiento, (sin que su virtual adopción suponga un resultado garantizado).

Generalmente los tratamientos son errados o defectuosos porque existe un previo dictamen errado o defectuoso, pero se puede encontrar un paciente perfectamente diagnosticado al que se le retrasa la aplicación del tratamiento por diversos motivos injustificables (cfr. Corbella, 2009, p. 100).

Se está ante una ausencia de tratamiento cuando existe nula actividad del galeno para contrarrestar el efecto negativo que aqueja al doliente, y el retraso cuando es aplicado una vez que los efectos positivos en el paciente son muy disminuidos. En todos se debe rescatar el factor culpa por obrar contrario a su ciencia.

Puede darse el caso que, a pesar del pleno conocimiento de los procedimientos protocolares aceptados por la comunidad médica, los mismos no son empleados (traslados, medicamentos, terapias, cirugías, infusiones, etc.).

Igualmente puede que no se requiera de un diagnóstico, dado que el paciente es conocedor de su patología (diagnóstico previo certificado) y va en busca de un oportuno tratamiento (Blas Orbán, 2003, p.190), el cual podría confirmarse con más pruebas o el historial clínico del paciente, en caso que el galeno no se sienta confiado.

Por ejemplo, un paciente diagnosticado de diabetes grave no es tratado con el suministro diario de insulina, ocasionando la pérdida de sus piernas ante una herida por irrecuperable por daños en sus nervios y la circulación, efecto negativo que pudo el médico minimizar.

Un herido de bala es sometido a esperar en una camilla por tres horas y muere desangrado. Un individuo que sufre un accidente de tránsito y presente fracturas en las extremidades, inconciencia, traumatismo abdominal y craneal, el

médico olvida ordenar la puesta de yeso en una de las manos fracturadas creándole un severo dolor de por vida y la omisión de extirpar un tumor maligno identificado que luego de seis meses requirió de una intervención agresiva y menos certera para la salud del paciente.

El feto contagiado de VIH (Virus de Inmunodeficiencia Humana), con pleno conocimiento del galeno de la infección en la madre, pero no toma las precauciones necesarias. (Vicandi, 2015). Todos estos ejemplos en el que se priva de oportunidad de curación y supervivencia aun cuando existe un diagnóstico certero.

En general, la omisión del médico, sin lugar a dudas, crea el acaecimiento de este daño, puesto que, ante su abstención de ofrecer el tratamiento, someter al enfermo a vigilancia, recetar medicamentos específicos relacionados con sus propias patologías, no trasladarlo o no admitirlo a los Centros Médicos, suponen causales que limitan la posibilidad de sanación del convaleciente.

Por ello se incluye la denegación de atención al centro médico, en el que, si es cierto, no existe una verdadera relación médico-paciente, aquí las oportunidades de curación o supervivencia son frustradas por los auxiliares y asistentes de la medicina, eliminando la duda de subsistir o curar de haber aplicado una atención mínima.

También puede estipularse la falta de seguimiento y cualquiera abstención infundada en atender al paciente (postratamiento), en el que necesariamente se afecta la curación y sobrevivencia. Por ej.: un paciente diagnosticado con alguna enfermedad terminal cuya vida se estima en 2 años, en los dos primeros semestres los padres del paciente acuden al médico para que alivie las dolencias que presenta a causa de la enfermedad. Aquí la atención no puede ser negada por el médico bajo el pretexto de que el paciente morirá.

La magnitud de la oportunidad se expresa si en vez de 2 años, una conducta de abstención colaboró con la poca sobrevivencia del paciente limitándola a 1 año, ya que de todos modos el médico actuó en contra de la moral y ética profesional por abstenerse de brindar el paliativo terapéutico que hiciera menos amargo el tránsito hacia la muerte, discutible en el padecimiento anímico, espiritual o inmaterial y percibirse como una oportunidad perdida (radio temporal de supervivencia).

El problema aquí es que muchas veces no se tiene conocimiento de las dolencias del ya fenecido, más que aquellas que se relatan por testigos comunes, por tal razón la autopsia puede ser meramente especulativa de lo que sufría, y en ello arrastra la determinación de chances que se tenía, dado el estado del paciente, no da lugar a negar un derecho que de los propios hechos se desprende como vulnerado, aportando a los efectos negativos que ya sufría el paciente.

Pero, en estas circunstancias de negación de servicio o técnicamente «ausencia de tratamiento – negación de asistencia», ante factores limitados de oportunidad, no es ampliamente aceptado por las judicaturas, ante las evidentes omisiones de atención médica. Así lo demuestra la sentencia de 29 noviembre de 2018, Sección Tercera, Subsección A, Colombia, en el que se demandó la reparación directa por María Gloria Reinoso de Arango y otros contra La Nación – Ministerio de la Protección Social – Assbasalud E.S.E.; y, otro paciente diagnosticado de cáncer en estado terminal.

Al acudir al centro médico, por su afectación al sistema inmunológico contrajo neumonía; seguidamente el oncólogo remitió al convaleciente al especialista en neumología, pero Solsalud E.P.S. negó la autorización de la remisión aduciendo que debía ser la Dirección Territorial de Salud de Caldas la encargada de expedir el permiso, cual nunca fue comunicado y solamente se

conectó al enfermo a una pipa de oxígeno en espera de traslado a un establecimiento de mayor nivel.

El paciente nunca recibió esa atención y falleció por ausencia de la práctica de la totalidad de los procedimientos adecuados según el tratamiento de aquellas patologías.

Qué desánimo ver que incidentes netamente administrativos entorpecen la labor de curación, y más aún, no reconocer la reparación de posibilidad de «prolongar su supervivencia» en favor de los familiares del paciente, que si bien, al momento de los hechos analizados el usuario de la salud estaba desahuciado, la falla de servicio no se valoró como determinante en la producción del resultado.

« (...) la Sala encuentra que el señor M (...) T (...) A (...) V (...) no cumplía con ninguno de los requisitos necesarios para considerarlo como paciente con probabilidades de control o curación, pues, por un lado, su patología lo había llevado a un estado terminal -se reitera- en muy malas condiciones y, por otro lado, si bien estaba sometido a un tratamiento, este último (el tratamiento) no tenía propósito curativo sino solamente paliativo (...)».

Queda de manifiesto la oposición con respecto a este tipo de resoluciones que pretenden denominar como «paliativo» a un evento del cual pudo resultar la prolongación de la vida del enfermo so pretexto de la fase terminal. El enfermo pudo aprovechar sus últimos días con sus familiares, momentos que fueron aminorados por una falta de atención contenida en los procedimientos de tratamiento.

Esto es porque en aquellos casos que se pronostica términos de vida (ej. 3 años, 5 años, etc.), el galeno no está destinado a disminuir esta expectativa mediante su negligencia e inobservancia de sus deberes. Existiendo una probabilidad de mantener la vida del convaleciente algo más de tiempo a través

de tratamientos, pero la *mala praxis* limita sus esperanzas, por lo que a nuestro parecer, esto no supone la destrucción del nexo causal como se quiere hacer ver.

Quizás en estos casos se pretende aplicar la teoría anglosajona de «*more likely than not*», en el que debe ser más probable que la muerte sea causa de la conducta médica que de la enfermedad, servicio de la salud con abruptas deficiencias, que no lleva a proponer ampliar el concepto absoluto de supervivencia y extenderlo a la supervivencia temporal.

El Consejo de Estado colombiano explica la omisión del tratamiento como no determinante de la chance frustrada: « (...) este tipo de daño solo puede considerarse demostrado cuando quiera que hay certeza sobre la oportunidad pérdida, elemento que, justamente, falta en este caso (...)» (Consejo de Estado, sentencia de 9 de agosto de 2018, ref.: Hospital Regional de Yopal, E.S.E.).

En fin, una cosa es la inexistencia del nexo causal entre hecho ilícito y la frustración de oportunidad como pretende explicar la resolución del 29 de noviembre de 2018, y otra, la no acreditación de la existencia de chances (ciertas y reales) no llevadas al proceso como sostiene la sentencia de 9 de agosto de 2018. Ambos casos no permiten la indemnización por la chance perdida.

Se sigue con los defectos del tratamiento. El Consejo de Estado de Colombia, por medio de sentencia 13 de noviembre de 2018 de la Sección Tercera, Subsección A., analiza un fenómeno en particular en que la paciente se presentó al servicio de urgencias del Hospital San Rafael de Zaragoza por presentar dolores de parto, en donde el feto presentó una complicación consistente en una retención de hombros por ser un bebe macrosómico (tamaño excesivo). Un diagnóstico sin tratamiento:

«Los mismos médicos tratantes diagnosticaron la fractura del miembro superior derecho del recién nacido, hecho que fue corroborado (...). La institución médica demandada se limitó a diagnosticar la ocurrencia de una fractura en la clavícula derecha del menor, pero no ordenó su remisión a una institución de mayor nivel de complejidad en la que se le hubiera proporcionado el tratamiento para que pudiera recuperar la movilidad de su miembro superior derecho.»

En tal caso, otra vez el facultativo no ocasiona la enfermedad o padecimiento, sino que sigue la suerte de resultado perjudicial, la contribución del experto de la salud al no evitarlo o minimizarlo, coadyuvando a la pérdida de expectativas de curación cuando se acredita que tuvo la opción existiendo los medios profesionales para ello.

Un caso de Chile, puesto en conocimiento por Tapia (2015-2016), de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 11 de diciembre de 2008, confirmado por la Corte Suprema de Justicia el 20 de enero de 2011, nos ayuda comprender esta sección.

El médico cometió un error de dictamen de una biopsia con impericia, en el que no se detectó un melanoma maligno, por lo que durante un año la paciente no recibió el tratamiento adecuado sufriendo fuertes dolores, aborto espontáneo y la muerte de la paciente al año siguiente, impidiendo durante ese tiempo el acceso a un tratamiento adecuado, mejorar su calidad de vida (disminución del dolor) e incluso prologarla, cuestión que le generó una «pérdida de chance» afectando a sus parientes cercanos (p. 264).

En el citado supuesto, se sentaron bases en la «pérdida de oportunidad de posibilidades de un mejor tratamiento y una mayor sobrevida de la víctima», con fundamentos en la jurisprudencia francesa.

Otro de los casos que ilustra la pérdida de oportunidad (de sobrevivir) por medio de un tratamiento inadecuado (como efecto de deficiencia en el diagnóstico) – es el caso Hemminger contra Lemay del 2014, Cámara de Apelaciones de Illinois, que modificó una decisión que había sido denegada.

Se trata de una mujer que se presentó a su médico obstetra/ginecólogo con dolores abdominales, punzadas y manchas. Entonces se procedió a realizar un examen físico que encontró un cuello uterino alargado y agrandado, pero el médico omitió realizar una biopsia⁷²; 6 meses más tarde, la paciente fue diagnosticada en estado IIIB de cáncer cervical (diseminado por diferentes partes acompañado de hinchazón y úlceras) y de acuerdo a lineamientos nacionales, esta condición conlleva una tasa de supervivencia de cinco años del 32%, pero 18 meses más tarde la paciente muere por el padecimiento, por lo que su esposo presentó una demanda por mala práctica del médico reclamando el daño por pérdida de oportunidad, por la falla en el diagnóstico que redujo las chances de supervivencia de su cónyuge, sin tener certeza de la ventaja de sobrevivir por no diagnosticar tempranamente la enfermedad, lo cual fue inclusive dictaminado por el perito designado por el demandante.

En este caso, la Corte de apelaciones encontró que el demandante presentaba pruebas suficientes para establecer que el acusado privó al demandante de una oportunidad para someterse a un tratamiento que pudo ser efectivo de ser administrado a tiempo, pero la parte demandada, en sus alegatos finales, argumentó que el demandante no cumplió con su carga de demostrar causalidad inmediata porque no se presentaron pruebas que establecieron que la negligencia del acusado disminuyó las posibilidades de supervivencia del paciente, además el experto perito del demandante indicó que, si bien el retraso

⁷² Examen microscópico de un trozo de tejido a una parte de líquido orgánico que se extrae de un ser vivo.

del diagnóstico causó una disminución razonable de supervivencia, el resultado en el caso específico (del paciente), pudo ser exitoso con el tratamiento anterior.

Aquí entra en juego lo que el *Common Law* titula «*Personal Chance*» y «*Statistical Chance*», ya que el Tribunal de primera instancia encontró que el perito del demandado ofreció solamente evidencia de las tasas de supervivencia del cáncer y una opinión generalizada de un diagnóstico más temprano que conduce a mejores resultados.

Por otro lado, la Corte de apelaciones interpretó que el experto del demandante conectó expresamente la tasa de supervivencia estadística sobre el caso opinado y que la falta de diagnóstico de cáncer en el paciente disminuyó sus posibilidades de supervivencia; consideró que el experto no se limitó a hacer referencias a las estadísticas generalizadas, sino que confió en su experiencia y educación, opinando que él no sabría cómo el paciente habría respondido al tratamiento si el diagnóstico se habría hecho antes.

En ese sentido, Zupanci (2014, p.3), en su artículo «*The Lost Chance Doctrine is Still Alive in Medical Malpractice Actions; Hemminger v. Lemay*» cita a Holton, quien opina que: para que el demandante prevalezca en una demanda por pérdida de posibilidades de supervivencia o recuperación, la evidencia debe demostrar que dentro de un grado razonable de seguridad médica, la supuesta demora negligente en el diagnóstico o tratamiento disminuyó la eficacia del tratamiento⁷³.

Por otra parte, se encuentran las altas prematuras como omisión o defecto del tratamiento. Se trata más de un problema social, en el cual los centros hospitalarios públicos no tienen la capacidad para soportar a todos los

⁷³ Texto original en inglés: «*For the plaintiff to prevail on a claim for lost chance of survival or recovery, the evidence must show that within a reasonable degree of medical certainty the alleged negligent delay in diagnosis or treatment lessened the effectiveness of treatment*».

pacientes al mismo tiempo, y la organización o planificación de sus labores no garantiza que todos los dolientes tengan el oportuno acceso del derecho a la salud. Por tal motivo, no se puede achacar una responsabilidad directa a los centros de salud, más cuando son públicos, pero al mismo tiempo, es el Estado quien debe ofrecer una planificación acorde a las patologías y proporcionarla a sus habitantes.

En la actualidad es común que existan pacientes que no deben permanecer en el sanatorio, dado que existen varias modalidades encaminadas a atender sus dolencias gracias al avance la ciencia, empero, en otros casos, se pasa la responsabilidad de tratamiento a los familiares y al propio enfermo en casa, situación que se asemeja a una falta de atención y control de la evolución del enfermo hasta llevarlo a creer que ha logrado una mejoría inexistente (Corbella, 2008, p. 93).

Se cita como ejemplo un alta prematura de un futbolista que tras una fractura no consolida su extremidad inferior del sistema óseo, restándole no solo oportunidades de curación sino de lograr en el deporte.

Por medio de sentencia de 20 de septiembre de 1997, el Tribunal Supremo en España, reflexiona cuando una afectada ingresa (en varias ocasiones) por dolor abdominal, por supuesta gastroenteritis, quien fue dada de alta y remitida a su domicilio, privándola de un correcto diagnóstico y adecuado tratamiento: « (...) no se trata de un error de diagnóstico sino una falta de adopción de las medidas necesarias, incluidas las quirúrgicas, ante la persistencia de los síntomas que fundaban el diagnóstico de gastroenteritis aguda inicial. De ahí que el alta de la interna se llevase a cabo de una manera incorrecta» (en Corbella, 2008, p. 95).

En estos casos la pérdida de oportunidad se centra en la falta de utilización de los medios disponibles para atender la salud del paciente, desencadenando en un evidente deterioro de sus posibilidades.

Como punto y aparte también están las listas de espera como causas de pérdida de oportunidad de curación o supervivencia, cuando observamos altos grados de negligencia: “(...) lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiera un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjeron empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que, sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada» (Grau Grau, 2017, p. 184), en síntesis, una negligencia calificada con particularidades que van más allá de las limitaciones de los centros hospitalarios o limitaciones rutinarias.

Este tipo de problemas ha llevado a legislaciones como la española, por medio del Real Decreto 605/2003 de 23 de mayo de dicho año⁷⁴, a establecer regulaciones para aplicar de forma objetiva las listas de espera, mejor conocido como el «régimen de cola». Ley que ha servido de argumento para que los Tribunales de justicia puedan reprochar la falta de coordinación, lo que en muchas ocasiones no ha sido cabalmente explicada por las defensas.

⁷⁴ Este Decreto nace de las crecientes demandas interpuestas en contra de la administración por temas relacionados a las fallas de servicio con la finalidad de tener un adecuado marco de referencia para todos los involucrados y con fundamento en el Artículo 43 de la Constitución Española que consagra el derecho a y protección de la salud. El Real Decreto *in comento* está compuesto por 5 artículos. El Artículo 1 se refiere al «Objeto» de establecer criterios, indicadores y requisitos mínimo en materia de información sobre las listas de espera, consultas externas, pruebas diagnósticas y terapéuticas e intervenciones quirúrgicas correspondientes a los centros y servicios del Sistema Nacional de Salud, a fin de alcanzar un tratamiento homogéneo de éstas para el conjunto del sistema que permita el análisis y evaluación de sus resultados, necesidades y funcionamiento, garantizando la transparencia y uniformidad en la información al ciudadano. Esta Real Decreto tiene una fórmula en su Anexo III en el que se establecen criterios de prioridades, por ej.: las intervenciones quirúrgicas que las divide en tres niveles. La primera de ellas que no admite mora superior de 30 días, que sea recomendable la intervención en un plazo inferior a 90 días, o que se permita la demora sin plazo, siendo una patología que produce secuelas importantes. Por su parte, compete al Consejo Internacional del Sistema Nacional de Salud establecer los criterios de prioridad y las guías clínicas para los procesos quirúrgicos más frecuentes y de igual manera se encargan de la actualización de estos criterios

Otro caso del tratamiento como epicentro es la pérdida de posibilidad de procrear, como por ejemplo la perforación uterina ante una intervención de aborto terapéutico⁷⁵, y el derecho de chance de supervivencia de los infantes, dilema citado por Weingarten et. Al. (2016, p. 1), en el cual se discute la indemnización contra un Centro Médico en favor de los padres de un recién nacido por el mal seguimiento obstétrico de un embarazo de alto riesgo, en que la madre era diabética insulínica, que en natura aumentaba el riesgo de supervivencia del feto.

Como ya se mencionó, el tratamiento, no es solamente una acción técnica del galeno, ya que existen otros eventos que influyen en la salud del paciente por falta de atención, desde un punto de vista jurídico (no médico): «Cuesta mucho entender, a cualquiera persona que llegue a un servicio de urgencias pidiendo asistencia, y que se le deniegue la misma por saturación del servicio, falta de camas, por no existir ningún médico disponible, o bien, que, simplemente, se le haga esperar, durante varias horas, sin dar ninguna información» (Corbella, 2008, p 133).

Gracias a este tipo de reflexiones, España, por medio de sentencia (1ª) del Tribunal Supremo, 6 de julio de 1990, cuando aún no se aplicaba la pérdida de oportunidad como hoy en día, se reconoció el daño moral por privación del derecho constitucional de asistencia médica cuando una enfermera de urgencias no permitió a un convaleciente bajar de la ambulancia remitiéndolo a otro centro, muriendo en el traslado y limitando sus expectativas de supervivencia.

⁷⁵ Como dato curioso, es cuestionable indemnizar daños que vienen de causas ilegítimas, pero aun así el médico siempre debe ser diligente en su actuar. El aborto es ilegal salvo casos expresos citados en el Código Penal de Panamá: terapéutico (terapia necesaria con la madre y que produce la muerte del feto) y eugenésico (certeza o altas probabilidades de malformación, defecto o grave enfermedad del feto, etc.).

9.3.3. Falta de información y/o consentimiento

Como es de suponer, la falta de información o de consentimiento puede llevar, por sí solo al escenario de la responsabilidad médica. Igualmente ocurre con el derecho que tiene el paciente de conocer las posibilidades de tratamiento, y a su vez, contemplar los riesgos a asumir o bien la «*chance d'échapper*» (escapar de los riesgos), como nomina la profesora Viney: «*el riesgo no revelado y materializado*» (en Agón, 2017, p. 72).

Se está ante la presencia de la oportunidad que se pierde al no obtener el debido consentimiento del paciente, situación a la que regularmente le precede no haber brindado la información necesaria para ello, desembocado en un efecto negativo para la salud, integridad física o vida del enfermo; conducta que no se trata de una implementación técnica del arte de curar como tal, sino de la privación que tiene enfermo de seleccionar, «su derecho a elegir».

Viney, al analizar la sentencia de 3 de junio de 2010 (Francia), sostiene que estos supuestos se refieren a una pérdida de chance por falta de preparación « (...) no debe excluirse que en los casos en que se determine que el paciente podría haber rechazado el acto médico, podría acumularse al *perte d'une chance* el nuevo perjuicio moral, pues se concibe como un daño distinto al daño corporal que finalmente no se tuvo la oportunidad de evitar, esto es, la denominada *préjudice d'impréparation*» (en Agón, 2017, p. 75-76).

Sigue siendo el daño la pérdida de oportunidad y no el daño desenlace en sí, básicamente porque en medicina suele aplicarse conceptos como la «asunción de riesgos del paciente», respecto a los efectos nocivos de la intervención quirúrgica como fracción del no éxito esperado. Por tanto, debe estar informado de ello y evitar que se alegue desconocimiento del riesgo que puede inclinar su toma de decisión.

A *contrario sensu* cuando el galeno no informa o no obtiene consentimiento por parte del paciente, lo anterior lo hace acreedor de la cuota de «*asunción de riesgos*» que correspondía al paciente.

Ahora bien, la distinción entre este tipo de daños por falta de consentimiento informado dirigidos a pérdida de oportunidad, y la falta de consentimiento informado corriente, descansa en que en la primera de ellas no necesariamente se ha incurrido en negligencia médica durante la cirugía o el técnico acto médico, ya que como hemos afirmado *ut supra*, simplemente no informar al paciente y esperar su consentimiento, constituye la violación a un derecho subjetivo.

Inhíbe al doliente de tomar decisiones de manera racional y en base a la realidad, por lo que no se trata de un mero procedimiento del médico y su afectación puede traducirse en la «pérdida de oportunidad de decidir», siendo llamativo cuando el acto médico resulta negativo. Entonces, existe una interesante discusión sobre el reconocimiento desmedido de este derecho ante la virtualidad de que el resultado negativo se daría de todos modos.

Sobre ello, la jurisprudencia española destaca que, aunque se trate de urgencia y única alternativa, la falta de información es un derecho que se le vulnera al paciente, y aunque se trate de los riesgos propios de una cirugía, cada persona tiene derecho a sustraerse de ellos.

Se tiene pues, que la posibilidad de elegir entre aceptar o rechazar una intervención médica merece un valor, la posibilidad de decidir libremente sobre su destino, y más cuando se trata de casos extremos. En ella descansa la posibilidad de eliminar el factor aleatorio de toda chance, por lo que su violación priva al paciente de una posibilidad cierta, real, y en especial relevante en su salud (Tapia, 2015-2016, p. 242).

Del mismo modo, a la pérdida de oportunidad le interesa la existencia de una chance cierta destruida, y la segunda particularidad consecuente es desconocer el normal transcurrir de la expectativa.

En eso, el acaecimiento de un daño final no era cierto, justo antes de la existencia de un momento crucial en que el paciente pudo manifestar su decisión: «el decidir que las cosas fueran de otra manera», «meditar sobre el procedimiento a seguir», «tener la oportunidad de mentalizarse en caso de resultado no favorable», «no esperar daños sorpresivos que naturalmente eran predecibles por el galeno», todas estas que guardan relación con las alternativas de sobrevivir o curar y vulnerando directamente la «chance de preparación».

Por eso Shuck (en S  pulveda, 2014, p. 375) anota que: «no resulta complejo visualizar, (...), que la protección de la autonomía personal se hace más intensa en la medida que las decisiones conciernen más directamente a la integridad de los propios proyectos del sujeto».

Para fortalecer este supuesto, tenemos que Navas Simón considera que:

«Cuando nos encontramos ante una omisión de información, sería imposible establecer la relación de causalidad si no se realizase un juicio hipotético para averiguar si el paciente se habría sometido o no a la intervención o al tratamiento de haber recibido la información completa, previa y adecuada de los riesgos. Ahora bien, hay que hacer un ejercicio de reconstrucción mental qué hubiera ocurrido si el médico hubiera cumplido su deber de informar y de obtener el consentimiento del paciente.» (2018, p. 320)

En este tipo de casos parece que la chance es bastante inusual. Sin embargo, no se descarta que exista una pérdida de oportunidad de supervivencia y curación ante una enfermedad preexistente que por sí involucra riesgos.

Seguidamente, entre los casos jurisprudenciales que se señalan con relación consentimiento informado y que contempla varios de los elementos abordados, es el caso Don Erasmo vs Dr. Herminio y Aseguradora Axa Winthertur Seguros, de la Sala Primera del Tribunal Supremo Español, sentencia No. 227/2016 de 8 de Abril de 2016.

El señor Erasmo formuló demanda contra el médico Don Herminio y la Aseguradora Axa Winthertur Seguros, acción de responsabilidad civil médica e indemnización de daños y perjuicios, a causa de una intervención quirúrgica, sin haber recibido información previa de los riesgos y posibles consecuencias a derivarse.

Entre los antecedentes está que Don Erasmo sufrió un grave golpe en la cabeza al lanzarse al mar en la Isla de Menorca sufriendo traumatismo cráneo-cervical, ahogamiento y asfixia por inmersión. A más de 3 meses desde el desafortunado accidente el diagnóstico definitivo era de tetraplejia completa con nivel sensitivo motor C6 bilateral, lo que le permitía la movilidad de ambos hombros y la flexión de antebrazos sobre brazos, habilidad en manos y dedos, pero tras la intervención quirúrgica, el demandante quedó afecto de una tetraplejia - síndrome medular transversal completo por debajo del cuarto segmento neurológico cervical derecho (C4) y por debajo del sexto segmento neurológico cervical izquierdo (C6).

Así la sentencia de primera instancia, partiendo de la adecuada *praxis* del acto médico quirúrgico, hace descansar la responsabilidad civil del facultativo en la ausencia de información médica para conseguir del paciente el oportuno consentimiento. Siguiendo esta línea, el criterio de la Sala en cuanto al consentimiento informado del paciente fue más nutrida ya que existió un correcto desempeño médico, situación que lo lanza fuera de la convencional responsabilidad médica y basándose en la pérdida de oportunidad de información y selección como consentimiento:

«Esta responsabilidad se residencia no en una negligente o defectuosa práctica del acto médico quirúrgico, sino en la falta adecuada de información al paciente sobre los riesgos de la intervención, privándole de la oportunidad de valorarlos y de decidir con libertad y conocimiento de causa si consentía aquélla. Reconoce dicha sentencia que la intervención quirúrgica practicada no era voluntaria o satisfactiva, sino paliativa y de conservación del estado del paciente, pero en todo caso que no era de urgencia sino programada.

Es indudable que se le privó de la oportunidad de decidir, por la ausencia de información, así como que consta la agravación de su estado tras la operación. Ello, en conjunción con la clase de intervención, provoca que la incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente sea más débil que si la finalidad de la intervención hubiese sido curativa de la tetraplejia que ya padecía.

Ahora bien, lo anterior no supone, como sostiene la sentencia de 16 de enero de 2011 que merezca el mismo tratamiento aquellos supuestos en que el cuadro secular tiene su origen en una mala práctica médica probada e indubitada, que aquellos en los que la complicación no tiene relación con una práctica médica, sino simplemente en no ser informado al paciente de que ello podía ocurrir, privándole de la oportunidad, en su caso, de no someterse a la cirugía.

(...)

(...) la sentencia recurrida pondera que la intervención ha acelerado una agravación de la invalidez que podría alcanzarse paulatinamente más adelante, pero sin olvidar que la indemnización postulada no puede extenderse a la totalidad del daño padecido de quien ya se encontraba inválido de ambas piernas, precisaba de por vida silla de ruedas y la lesión medular que padecía, completa e irreversible a partir de la C-6, le obligaba igualmente a necesitar

adecuar y adaptar su vivienda a las nuevas circunstancias. Por tanto lo que se indemniza, dentro de la incertidumbre causal a que se ha hecho mención, en íntima relación con la autonomía de la voluntad, es la agravación de la invalidez del paciente, que ya padecía, ponderando que era previsible que se agravase más adelante en atención a la evolución de ese tipo de lesiones (...)

Si la evolución de la lesión secular que padecía culminaría con la invalidez que ahora tiene, y la intervención iba destinada a ralentizar esa evolución y a minimizarla, es razonable que, en principio, se asumiese el riesgo, pero también lo es que, al no informarse de ello al paciente, nos encontramos en esa franja intermedia de incertidumbre causal que debe ser merecedora de indemnización por privarse al lesionado de autonomía de voluntad para decidir. Ahora bien, sin perder de perspectiva, como ya se ha razonado, que la lesión ya existía, por imprudencia del recurrente, que la lesión era grave y con evolución desfavorable. El daño indemnizable, puesto en relación con la mencionada ausencia de autonomía de voluntad, consiste, pues, en que la evolución de la lesión, que se quiso ralentizar y minimizar, a causa de la operación quirúrgica se aceleró de forma casi inmediata. (...)

Cuando no existe incertidumbre causal en los términos extremos antes expuestos, surge la teoría de la pérdida de oportunidad en la que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud (SSTS de 10 de mayo de 2006; 30 de junio de 2009 y la citada en el recurso de 16 de enero de 2012).

(...)

Pero en atención a lo ya razonado, supuso también una pérdida de oportunidad en esa franja

intermedia de incertidumbre causal ante la verosimilitud de que hubiese consentido la intervención si se evalúan todas las circunstancias concurrentes». (El subrayado es nuestro).

En este caso rescata varios puntos medulares. Hace referencia a la ausencia de una información suficiente para tomar la decisión de proceder a operar en busca de una medicina paliativa, suficiente para que se presumiera que el paciente no procedería con dicha operación en caso de tener la oportunidad de determinación, pero lastimosamente desconoció los efectos de la cirugía.

Rescata el hecho que no recae sobre una mala práctica médica, sino una mala práctica a nivel «formal», dado que la operación cumplió con todos sus procedimientos, pero no fue exitosa, evidenciándose la falta de información del paciente, situación cuyo nexo causal con la conducta ilícita debe acreditarse (Agón, 2017, p. 299).

La invalidez era previa a la intervención y ya existía la predisposición de permanecer en silla de ruedas, situación que posiblemente no cambiaría, con o sin la intervención apresurada del médico que aceleró la lesión del paciente en vez de minimizarla o desacelerarla, cuando el paciente no tuvo siquiera alternativa en eludir dicha operación con altos niveles de riesgo y que no figuraba como urgente para preservar y retener su estado actual, siendo innecesario la omisión de receptar el consentimiento e informar sobre las conjeturas de éxito.

Al respecto, la autora Navarro Simón (2018, p. 317), ha comentado que el deber de informar no radica realmente en el acto médico, pero si en el desarrollo profesional del galeno como parte de un derecho correlativo del paciente. A tal efecto, habla de la vulneración de un derecho de elección, o como bien lo technifica en «*el derecho a la autodeterminación*».

Galán Cortés (en Navarro Simón, 2018) opina que la observancia del deber de información es más rigurosa en la medicina optativa, dado que regularmente se actúa sobre un cuerpo sano, la presunción sería que nadie consentiría empeorar su situación de salud a no ser que conste expresamente la asunción del riesgo por el paciente.

Por otro lado, autores como Asúa (2008) siempre terminan este tema indicando que no se vulnera la pérdida de oportunidad en sentido propio puesto que tal cosa como «incertidumbre» no existe, ya que el paciente, de tener la correcta información no hubiese consentido un hecho acompañado de detrimentos, teniendo plena facultad para desviarse de las zonas grises: «(...) no cabe hablar de pérdida de oportunidad en los casos de falta de consentimiento informado (e inexistentes o erróneos diagnósticos prenatales), y ello porque todas las alternativas pasan por una decisión de la propia víctima que no cabe ubicar en el ámbito de lo aleatorio o del azar» (Asúa, 2008, p. 100).

A nuestro parecer, como se presenta, si se limita al enfermo en cuanto a su derecho de decidir y evitar un perjuicio por dicho medio, sin que ello quiera decir que sanará en el ordinario devenir de los hechos, existiendo incertidumbre en su curación cuando se mantiene al menos esperanza de preservarla.

No se puede negar que la oportunidad perdida juega un papel de confusión cuando se habla de consentimiento informado, lo cual merece que, luego de una lectura exhaustiva, se anoten los siguientes postulados:

- Si el médico no informa al paciente y/o no obtiene su expreso consentimiento asume los riesgos de todos los daños en caso de no situarse ante una urgencia.
- Si el paciente conoce y acepta los riesgos asume los mismos.

- Si el paciente conoce los riesgos y se niega, el médico responde por la totalidad de los daños y no solamente por las oportunidades.
- Los riesgos pueden ser materializados aun cuando se procede correctamente en la esfera médica (cirugía, tratamiento, etc.), pero el consentimiento informado libremente supone un hecho ilícito independiente.

Un evento o conducta por acción en el que médico no se abstiene, sino por el contrario, recurre a hechos imprudentes⁷⁶. Aunque algunos afirmen que tal cosa como oportunidad no existe ya que la decisión del paciente resuelve el proceder y no da espacio a las aleas, es dado mencionar que si se encuentra un tecnicismo en la ley de probabilidades al no permitirle acceso a su decisión. «Cuando existen alternativas, el paciente puede o no someterse a la intervención, (...), pues si el paciente hubiera conocido los riesgos, habría estado en su mano la oportunidad de evitarlos, optando por un tratamiento alternativo» (Agón, 2017, p. 223).

9.3.3.1. *Wrongful Birth & Wrongful Life*

El anglicismo «*Wrongful Birth*», así se le denomina a la acción que se interpone por dichas causas en el «*Common Law*» (con registros en España) interpuesta por los padres de un menor con taras u semejantes, en el que el médico falla en la advertencia del riesgo, desarrollándose la anormalidad en el producto que a su vez pueden desencadenar asuntos de pérdida de oportunidad

⁷⁶ Este tema se agudiza cuando existe una conducta por omisión total de la información, en donde el imparcial debe, inclusive, conceptualizar las posibles selecciones o alternativas escogidas «hipotéticamente» por el paciente, a fin de delimitar las posibilidades de evasión del perjuicio y así no indemnizar absurdos. Calificar cada una de las tendencias actuales, cada alternativa y su eventual pronóstico, descartando las posibilidades de curación del paciente, para entonces destinar las porciones precisas a la materialización del daño, sobre todo cuando la posible elección sería aquella por la que optó unilateralmente el galeno, proceder con el acto.

por «consentimiento informado» por no optar en tener o no al niño; aplicar abortos terapéuticos, intervenciones médicas o el apoyo de especialistas en la materia que corresponda. El mérito que se reclama es la reparación del daño por oportunidad perdida de evitar un perjuicio.

Por supuesto, los casos más comunes son: el Síndrome de Down, infección del feto con VIH, taras genéticas, Síndrome X Frágil, retraso mental, anomalías congénitas, entre otras. Afecciones que permiten al médico asociarse con una serie de pruebas científicas reconocidas (amniocentesis, biopsia de corion, ecografía, etc.).

Este concepto es comúnmente confundido con: «*Wrongful Conception*» (concepción inapropiada), como el mal funcionamiento del sistema o terapia de esterilización, en el que nace un niño sano pero no deseado (ver también: *Wrongful Pregnancy, Unwanted Pregnancy or Birth of an Unwanted Child*)⁷⁷.

Volviendo al tema, se critica el carácter aleatorio del daño evitable, puesto que la madre simplemente decidiría en abortar o no al *nasciturus*, lo que supone la desaparición de una «posibilidad» sumergida en un falso «azar», ya que el paso depende de la decisión exclusiva de la madre o pareja (Agón, 2017, p. 315), pero atención, la oportunidad se fija en la actividad que ejecutó el médico, fuera del panorama del paciente.

Uno de los ejemplos comúnmente citados, respecto a la pérdida de oportunidad, y que guarda relación con estas premisas anglosajonas es el caso de una pareja con un primer producto con *Síndrome de Down*, pero luego, en un segundo embarazo, el médico pasó por alto hacer el examen del líquido amniótico antes del tercer mes, por lo que perdieron la oportunidad de decidir en

⁷⁷ En estos casos de «*Wrongful Conception*», los progenitores pretenden el resarcimiento de los daños causados por errores en las medidas anticonceptivas, que han permitido el nacimiento de un hijo no deseado (ejemplo vasectomía, ligadura de trompas, tratamientos, esterilización, etc.); sin embargo, la doctrina parece tratarlos en conjunto.

tener o no el bebé con dicha enfermedad. Corbella (2008) indica que, mediante sentencia de 6 de junio de 1997, el Tribunal Supremo de España utilizó por primera vez el nombre «*Wrongful Life*»).

Por otro lado, la vida inapropiada («*Wrongful Life*») se refiere al nacimiento de un hijo con enfermedades congénitas o discapacidades a consecuencia del error de diagnóstico en el estado prenatal u omitir el procedimiento en el momento adecuado, por lo que esta fórmula que enlaza la negligencia del médico con la condición de vida del infante o del producto que no llega a nacer por este motivo permite la reclamación de perjuicios económicos cuantificables en la vida de una persona enferma o discapacitada, deformidad o taras físicas (Fernández, 2008).

A nuestro parecer, ambos casos tienen el mismo origen, pero el «*Common Law*» los distingue, básicamente, porque en este último, el propio sujeto se encarga de demandar al médico: «Cuando la madre ejercita la acción en su propio nombre se habla de *Wrongful Birth*, cuando la hace el hijo directamente o a través de su representante se habla de «*Wrongful Life*»» (Agón, 2017, p 306).

Otro caso involucró a una mujer en España, cuyos tres hermanos padecían del síndrome X frágil de retraso mental hereditario, teniendo ella, en su momento, un 50% de probabilidad de padecerla. Luego sus hijos con 25%, y más curioso lo vuelve Pérez-Tenessa (2001), caso de la vida real, en que la paciente no solamente tiene la predisposición de transmitir la enfermedad a sus hijos, sino que mantenía una operación de ligaduras de trompas para no procrear, lo cual somete el tema a dos eventos de pérdida de oportunidad; el primero de ellos al *Wrongful-Birth* por medio de un inadecuado diagnóstico prenatal en conocer si existirán anomalías en el producto e interrumpir la concepción legalmente; y el segundo, *Wrongful-Conception* debido a su planificación de no concebir.

En estos casos, se habla de «pérdida de oportunidad de aborto», y aunque este tema se considera ofensivo a la naturaleza del hombre y el derecho a nacer, los agitadores alegan «violación al principio de confianza», ante la presunción de un embarazo normal en el *Wrongful-Birth* y el mal funcionamiento de los servicios de salud, que pueden desembocar en una mala calidad de vida (*Wrongful-Life*). Es por ello que en España no se habla de un derecho al aborto ni de un daño en ello como se piensa; se prefiere hablar de una pérdida de oportunidad, y en ella encontrar una indemnización con un doble discurso en la falla en el servicio médico (cfr. Pérez-Tenessa, 2001, p. 56) o culpa médica.

La problemática actual de la implementación de estas teorías «*Wrongful*» y su vínculo de causalidad entre el hecho médico y el daño sufrido, tiene una perspectiva antimoral que parece promover demandas por no tener la oportunidad de aborto, lo cual ofende parte de la sociedad, en especial, a personas que pudieron ser parte de esos fetos negados, así como los que padecen de Síndrome de Down, deformaciones físicas, o simplemente envían un nocivo mensaje de optar por la no procreación, etc.

Es que estas fórmulas que se utilizan para vincular la conducta del galeno con la oportunidad de evitar este perjuicio o al menos disminuirla, es utilizada para justificar la aplicación de la pérdida de oportunidad, en el que claramente, el daño no es directamente causado por el galeno, ya que el infante, por motivos intrínsecos, mantiene irregularidades.

Se admite como indemnización los gastos derivados de la gestión y del parto como daño emergente, y los ingresos que se dejaron de percibir consecuencia de los mismos como lucro cesante (Agón, 2017, p.312) e inclusive se ha ensayado los alimentos y la educación del niño, pero ello trasciende nuestro estudio. No obstante, la doctrina discute si se necesita un diagnóstico errado por el médico, o es suficiente la omisión del mismo.

Sin lugar a dudas, lo que de seguro si requiere esta circunstancia es la necesaria relación médico-paciente previa al momento que fue posible revelar las fallas congénitas anormales en el menor, probando de por sí, la negligencia del médico, mediante un procedimiento profesional irregular⁷⁸.

9.3.4. Infecciones nosocomiales y la intervención de otros factores

A respecto anota Corbella (2008) que la infección nosocomial «(...) es la contraída por el enfermo internado en un centro sanitario por un motivo diferente a esa infección». «El enfermo ingresa en el centro para ser atendido de una determinada enfermedad, y durante su estancia, presenta otra enfermedad diferente, contraída en el propio centro. Las más frecuentes son las de heridas quirúrgicas, vías urinarias y vías respiratorias» (p. 69-70), también la falta desinfección de quirófanos.

Regularmente estos casos de infección hospitalaria se dan con motivo de una asistencia quirúrgica o de un tratamiento que expone y vulnera al paciente, pero atención, el hecho de ser una infección podría ser «*per se*» un daño médico y no una pérdida de oportunidad.

Entonces hay que determinar si ello causó un daño final o contribuye bajo la misma ruta de lo que ya padecía el paciente.

En caso que una persona que es intervenida para una cesárea, y en el proceso de transfusión de sangre es infectada con VIH, ello no supone una pérdida de oportunidad, en caso de morir el hecho ilícito tiene relación directa con el daño final, ya que su vida no estaba en juego por dicho motivo, y se escapa de todo riesgo de la cirugía.

⁷⁸ Ver también: «*Wrongful Adoption of an Unhealthy Child*». Este caso no es exclusivamente médico.

Arbesú (2006, p.64) considera que las enfermedades nosocomiales responden a los daños, frutos de las infecciones que aparecen durante o después de una hospitalización, insertados en el alea terapéutica; y en todo caso, el daño debe ser grave, anormal y desproporcionado con relación al diagnóstico del paciente, pero estos casos se consideran daños accidentales, acontecimientos imprevistos, consecuencias irregulares y no propiamente del acto médico en el que necesariamente debe evaluarse las distintas etapas desplegadas en la actividad asistencial y la cronología de los mismos.

La necesidad del sector social menos aventajado no permite la elección de un centro hospitalario, optando por centros con antecedentes no muy alentadores para realizar intervenciones quirúrgicas; empero, hasta ahora parece tratarse de una responsabilidad del centro médico y un daño final.

Respecto a la primera no existe discusión e inclusive se podría arrastrar al médico para que atestigüe sobre la condición del paciente y su decisión de permanecer en el centro durante un determinado período de tiempo, es decir, el por qué ese centro médico, que como jefe en todo momento se encarga de la asistencia del paciente.

El punto medular es que una infección o enfermedad nosocomial muchas veces no causa por sí sola un potencial daño más allá de una oportunidad sacrificada de curación o supervivencia del paciente; puesto que, este nuevo elemento, acompañado de la enfermedad en zona gris del paciente podría disminuir las expectativas claras del enfermo y tornarlas negras.

Un ejemplo claro y evidente es la introducción de bacterias en la sangre del paciente que infecta varias partes del cuerpo; sin embargo, para estar en presencia de la pérdida de oportunidad, en estos casos, son necesarios dos requisitos:

- Que la afección nosocomial no cause daño por si sola.
- Que la misma se combine con la actual afección del paciente y en conjunto restrinja sus expectativas.

Cierto es que resulta algo novedoso escuchar esta modalidad de pérdida de oportunidad, pero mediante el Tribunal de Justicia de Castilla y León (España, 2016) existió un antecedente en el que se intentó condenar a la Consejería de Sanidad de la Junta castellanoleonesa a pagar indemnización al paciente por las secuelas dimanantes de la infección hospitalaria durante intervenciones quirúrgicas sin importar la asepsia del centro médico, y aunque la eliminación absoluta del riesgo de infección no existe, la institución debió actuar de otra manera, para que el individuo estuviera en mejores oportunidades de curación o de vida.

Lastimosamente, este antecedente no prosperó dado que se verificó que los medios de asepsia del Centro Sanitario eran correctos. No obstante, no se descarta que esta materia cobrará mayor desarrollo a futuro.

Ahora bien, *La Cour de cassation, chambre civile 1*, Francia, por medio de audiencia pública del miércoles 8 de febrero de 2017 expone otro caso. Las circunstancias se presentan en el acto médico de un cirujano que ejercía su actividad de manera liberal. Llevó a cabo una intervención de láser para remediar las presbicia⁷⁹ que afectaba a la doliente, operación en la Clínica «*La société Clinique vision laser des Alpes*».

Luego del acto médico la paciente presentó una infección nosocomial, siendo hospitalizada de urgencia en el centro universitario de Grenoble, realizándose dos injertos de la membrana amniótica sobre la membrana ocular;

⁷⁹ Anomalía o defecto del ojo que consiste en la imposibilidad de ver con claridad los objetos próximos y que se debe a la rigidez del cristalino.

pero, al solicitar el informe pericial respectivo, decidió demandar por responsabilidad civil a la clínica, a la empresa asegurada *Covea Risks* (que no garantizaba responsabilidad civil y quedó fuera del litigio), y por supuesto, al galeno por el reembolso de sus gastos.

La decisión señaló que el galeno era responsable de las consecuencias de la infección y que su atención ha causado pérdidas de oportunidades para que la señora detuviera la infección actual y sus graves consecuencias.

Se reconoció el perjuicio equivalente €7,000 en beneficio del paciente, responsabilidad del médico y la clínica, expresando el daño en la pérdida de la visión con indicadores como inconvenientes para trabajar frente a la pantalla, dificultad para conducir (especialmente de noche), razones que no se pueden discutir con precisión dependiendo de la actividad cotidiana que deseara desarrollar, contemplando inclusive deportes (tenis) o actividades de ocio.

Todo no termina allí, el médico interpuso recurso de casación a fin de no ser condenado solidariamente con la clínica, convencido de que se trataba de una infección dimanante del «nosocomio»; a pesar de ello, la Corte de Casación explicó su modo e intervención en la oportunidad frustrada del paciente:

(...) sus intervenciones postoperatorias y la circunstancia no discutida de que no prescribió gotas para los ojos el día anterior a la intervención y durante las consultas posteriores, no haber realizado las muestras necesarias, no solicitar la opinión externa permitida a la persistencia de los síntomas, sin duda hizo perder la posibilidad de que Martine Y.(...) detuviera la infección actual y sus graves consecuencias; (...).⁸⁰

⁸⁰ Texto original en francés: «(...) ses interventions postopératoires et la circonstance, non discutée, qu'il n'a pas prescrit de collyre adapté la veille de l'intervention puis lors des consultations postérieures, n'a pas effectué les prélèvements nécessaires, n'a pas sollicité d'avis extérieur autorisé devant la persistance des symptômes, a indiscutablement fait perdre une chance à Martine Y(...) de stopper l'infection en cours et ses graves conséquences(...)».

En el caso de Panamá, según investigaciones del periodista Luis Alberto Castillo (2006), en ciertas salas de quemados (por ventilación artificial), cuidados intensivos (por su delicada salud), la sala de recién nacidos (especialmente los prematuros,) son las áreas más propensas a infecciones hospitalarias, y lo cierto es que, al menos el 1% de los pacientes se les complica la salud tras infecciones nosocomiales significativas.

9.4. El problema del nexo causal

Claro, no se puede ignorar este problema, puesto que algunos juristas que analizan esta teoría tratan de derrumbar su existencia por medio del nexo causal entre hecho ilícito y el daño que consiste en la desaparición de un evento o situación jurídica de chance cierta acompañada de una supuesta «*contingencia o expectativa*» que perseguía con la oportunidad.

Aquí, como ya se mencionó, el nexo causal no se liga con la muerte o la enfermedad del ahora incurable, sino con la disminución o mutilación de lograr impedir el evento indeseado, ya que nadie sabe si curaría, pero lo cierto es que tenía esperanzas concretas antes de ser interceptado por el galeno. Se indaga el efecto del hecho ilícito como acto proporcional, su porcentaje de participación y de concreción de la chance⁸¹.

La pérdida de oportunidad se da por conexión entre el hecho negligente y el daño causado en la chance y la misma es un obstáculo para que no se asigne al daño final, pero de ningún modo se trata de un nexo causal incierto o

⁸¹ A tal sentido consideramos que en estos casos no se suprime la carga probatoria que tienen las partes de llevar los elementos de convicción para que el juez logre tan si quiera pensar que existe un daño ante la certeza de una chance cierta y otros estrictos criterios naturales de la figura indemnizable, entre ellas el nexo causal.

inexistente, sino difícil por proporcional, que tampoco suprime la actividad probatoria, aunque la misma mantenga sus propios obstáculos.

Cuestiona los mecanismos que se utilizan para tener como existente el nexo de causalidad, pero es importante recordar que sin incertidumbre no se estaría frente a una pérdida de oportunidad sino ante un daño final corriente. A ello se debe aclarar que no se puede incurrir en el error de enlazar el hecho ilícito con un daño tradicional, porque ello daría como resultado ignorar la chance frustrada.

Por ello que la pérdida de oportunidad es un daño excepcional, anormal y problemático en el que existe una pugna entre el deber de probar el daño y su nexo causal con el hecho ilícito como se ha venido desarrollando tradicionalmente.

Por otro lado, apoya al célebre principio de reparación integral, involucrando un divorcio de las teorías ontológicas o tradicionales para explicar el devenir de los hechos y responsabilizar al individuo; dificultades que sin duda han llevado a la mayoría de la doctrina a concluir que no existe acreditación absoluta de la relación causal en este tema, lo que pone a temblar el esquema ortodoxo de la responsabilidad civil.

Ciertamente, el nexo causal no resultaría ser un problema si solamente se tratara de conectar la chance frustrada con la conducta ilícita, puesto que la certeza de la primera debe ser indiscutible, pero es el segundo tiempo el que presenta inconvenientes, el que versa en la expectativa incierta, que pudo ser violentada por cualquiera fuerza exterior no achacable al médico (ej.: la enfermedad), cobrando vital importancia la diferencia entre daños y perjuicios.

Por tal motivo, no es ocioso hacer mención que las sentencias deben contener motivación entre el hecho ilícito y el resultado (virtual) final con enfoque en la probabilidad. En la *chance* existe el reconocimiento parcial del agente por destruir una probabilidad que no mantiene una constancia respecto a la utilidad que representa, por lo que es normal dudar sobre la efectividad del nexo causal con la oportunidad, y que no se pretende eliminar porque es característico de la figura (descifrar como el galeno fue quien privó de la oportunidad de sobrevivir o curar y no otro hecho casual).

Grau Grau (p. 174, 2017) comenta que en estos casos el daño no es el material (empeoramiento de la enfermedad, agravación de sus condiciones o fallecimiento): «sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubiera tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación», haciendo alusión entonces a la pérdida de opción, alternativa, posibilidad del cual ya nadie puede reproducir su certeza adversa por arruinada, que por obvias razones no refiere al daño final en concreto, y este suceso es el que se vincula con el hecho ilícito.

Entonces, lo que parece el problema es la razón de ser de esta figura, ello se debe a que el desarrollo de *la perte de chance* nace precisamente para amparar las injusticias ante las excusas de un nublado nexo causal:

«La teoría general de la causalidad obliga a que el peso de la incertidumbre recaiga en su conjunto sobre un solo sujeto: sobre el agente dañoso, cuando ante las dificultades probatorias, el juzgador rebaja el estándar ordinario de prueba para afirmar el nexo causal dudoso, el agente responde solo en proporción a la medida en que fuera autor del menoscabo.»
(Medina Alcoz, 2009, p. 32)

A partir de opiniones como la que precede se empieza a hablar de números y porcentajes en el éxito de dicha probabilidad y el nivel de participación del agente para así representar el grado de afectación en la chance como una situación cierta por conductas desplegadas por el victimario.

En tal sentido, se intenta convencer a través de pruebas llevadas al imparcial para que pueda deducir la existencia previa de probabilidades, lo cual no quiere decir que el mismo goza de infalibilidad o plena certeza de lo que pudo ocurrir, pero lo cierto es que tampoco puede dudar de la participación del agente hasta que contrapruebe, porque los porcentajes positivos de la víctima operan como presunciones de culpabilidad en su contra. Por ello coincidimos con Pérez-Tenessa (2001) cuando anota que el nexo causal no es un concepto jurídico sino lógico, un concepto aristotélico de las causas.

Al respecto, algunas doctrinas inglesas e italianas anotan que basta con contar con una probabilidad superior al 50% (51% o más) para estimar que el nexo de causalidad corresponde al agente como detonante del daño. En España con mayor similitud cultural y legal al nuestro especula por más 70% o 80% (Asensi, 2013, p.235), pero esto no está escrito en piedra, dado que cada país y cada juez tiene su propia perspectiva o exigencia del nexo causal como se verá más adelante.

Entre diversas cuestiones que pueden enfatizarse en este aspecto, la pérdida de la oportunidad es un daño que no es -del todo- materialmente visible al momento de reconocerlo, por lo que deben utilizarse límites o rangos máximos que permitan situarnos en la «razonabilidad» del reconocimiento de derechos.

El límite mínimo hace referencia a aquellos casos en que ya casi parece poco probable que se tenga un resultado exitoso hasta antes que la expectativa pase a ser remota, pero suficientemente protagónico para frustrar el resultado esperado. En el caso de rangos máximos, casi que se puede decir que se

trataba de una «expectativa» cierta, en el que no existen muchas dudas de que la víctima podía triunfar en su provecho o evasión del perjuicio, pero jamás de absoluta precisión.

Allen (2017, p. 539), al referirse a la justicia estadounidense explica lo que quizás confunde a todos en la aplicación de la pérdida de oportunidad, la medida en la que el juzgador y el reclamante interpretan el nexo causal. Autor que de antemano acepta que todos los casos no pueden ser tratados por igual y su disímil análisis no se aleja de la justicia, cuando a chances frustradas se refiere:

Aunque la mayoría de los tribunales de todo el país adoptan alguna forma de pérdida de oportunidad, sus aproximaciones a la doctrina varían. Autoridades a menudo citan tres enfoques para la pérdida de oportunidad; sin embargo, tales distinciones son comúnmente confundidas porque estas autoridades a menudo usan la misma terminología para describir diferentes enfoques. La diferencia más significativa entre los tribunales es la manera en que aplican el estándar de causalidad.⁸²

Seguidamente anota tres enfoques que van en grados decrecientes:

- El estándar de prueba de causalidad es el tradicional, «*The Traditional Approach*». Aquí el demandante debe probar que el paciente tenía más probabilidades de sobrevivir a su enfermedad, e incluso probar que la conducta negligente del acusado fue la causa próxima de la lesión final o la muerte. Prácticamente como si fuera un nexo causal de daño habitual y no exactamente una chance frustrada.

⁸² Texto original en inglés: «*Although a majority of courts across the nation espouse some form of loss of chance, their approaches to the doctrine vary. Authorities often cite three approaches to loss of chance; however, such distinctions are often confused because these authorities often use the same terminology to describe different approaches. The most significant difference between courts is the manner in which they apply the causation standard. In some jurisdictions, the standard of proof for causation is identical to traditional standards*»

- Enfoque de nexo causal relajado o flexible, «*Relaxed Causation Approach*» o «*Relaxed Proof of Causation Approaches*» (también en Zilich, 2003, p. 681). Reduce el estándar probatorio tradicional y se presume la causalidad sin plena evidencia bajo el principio de «probabilidad razonable» de que la negligencia del demandado colaboró con el daño final. Únicamente requiere probar la negligencia del médico demandado y una frustración significativa de posibilidades de sobrevivir o curar, relajando la dureza del «*All-or-Nothing*» (todo o nada) (cfr. pto. 9.4.1. de este cap.).
- La otra sería la determinación del nexo causal demostrando la negligencia del médico como suficiente para aumentar el riesgo del daño final o la pérdida sustancial de chance de evitar un perjuicio, «*Increased Risk Approaches*».

Allen (2017, p. 549) sostiene que una de las maneras más efectivas de hacerse cargo del deber de probar el nexo causal, es «al menos» hacerse responsable de determinar la causa próxima, en donde el demandante deberá acreditar el tratamiento apropiado que pudo ayudar al paciente y luego evidenciar el porcentaje perdido⁸³.

Se aprovecha la ocasión para explicar la aplicación del nexo causal en la pérdida de la oportunidad en materia médica, negando la totalidad del daño, pero reconociendo deficiencias proporcionales por tratarse de una consecuencia causal especial.

⁸³ Más adelante, Allen (2017, p. 556) señala que, en los casos de mala praxis médica en el Estado Wyoming, Estados Unidos, se requiere al menos demostrar: a) El estándar de cuidado requerido o tratamiento aplicable; b) El médico se ha desviado injustificadamente del estándar aplicable, c) Dicha desviación puede presumirse como la causa de los daños del paciente.

La intervención del médico viene a ser entonces una intermediación de otro hecho en desarrollo, que en vez de servir en provecho de la vida humana coadyuvo a perder la chance, incidiendo en mayor o menor proporción en el daño final (muerte o deterioro de salud), pero que no se conjuga directamente con la *praxis* médica. Esto es lo que ocurre en la pérdida de oportunidad médica:

Enfermedad = Posibilidades de curar o sobrevivir

+

Conducta del Médico

=

Frustración en la posibilidad de curar o sobrevivir

Precisamente, basta con que el acto médico haya interrumpido el curso de la chance para que la misma sea indemnizable, visto que el paciente llega al galeno con una «enfermedad» que constituye un detrimento con génesis individual, pero aun revestida de expectativas positivas. Una vez recibida la intervención médica se reduce la posibilidad de curar, pero como se acaba de mencionar, no es la única causa que redujo las expectativas de sanar, por lo que el médico es alícuotamente responsable del daño.

De tal manera, el hecho ilícito del agente tiene un nexo causal inmediato con la «oportunidad cierta» desaparecida, mientras que con el resultado final (deterioro de la expectativa de sanar o la muerte del paciente) es un nexo mediato no exclusivo del galeno, dado que el paciente ya venía con parte de su suerte en contra (enfermedad), y sin que el correcto actuar del galeno sea garantía de sobrevivencia o curación., ej.: contribuye a reducir las expectativas curativas del paciente de 50% a 0%. Entonces, en la medida que la

«contingencia» tenga razonabilidad, la misma dará valor al daño por pérdida de oportunidad⁸⁴.

Así pues, dos cosas son ciertas en la pérdida de oportunidad: existen muchos estándares para aplicar el nexo causal, pero no existe un estándar fijo «*landmark*» similar dentro de un sistema (ni para aplicar el nexo causal ni cuantificar su daño) lo cual no quiere decir que en alguno de los casos se haya dejado de aplicar justicia.

Por tanto, esta teoría merece una profunda reflexión en separar los hechos (causalidad física) del plano del derecho (causalidad jurídica). El primero de ellos está libre de todo juicio normativo y solamente se tiene en mente que un hecho ilícito ocasionara un daño, en el segundo de ellos se tiene la necesaria aplicación de normas, la calificación jurídica más que lógica (Hersalis, 2009), que no se limita a los supuestos sencillos e invoca el debate jurídico.

Para el profesor Medina Alcoz, intentar compatibilizar la teoría de la pérdida de una oportunidad con la teoría tradicional de la causalidad, conllevaría a situaciones problemáticas, pues desde el punto de vista de esta última, lo lógico sería el rechazo del daño en la chance, al exigirle la plena afirmación o negación del nexo causal; tal reflexión lastimaría la comprensión general de lo que es justo, según los daños causados (Medina Alcoz, 2009, p. 120 B).

Es por ello que se han adoptado diferentes teorías que intentan graduar o proporcionar los nexos causales y así analizar la viabilidad de *la perte d'une chance* como daño indemnizable, se refiere a: el todo o nada, incremento de riesgo del daño, regla proporcional (Álvaro Luna Yerga, 2005), a lo que se

⁸⁴ Contrario a ello es que el resultado nexo causal entre el acto médico y el daño final sea inmediato, por ejemplo: un problema intestinal por dejar gasas dentro del paciente, responsabilidad médica «natural» ocasionada directamente por la intervención médica que es el epicentro del resultado daño (deterioro del paciente de forma independiente).

agrega la pérdida de oportunidad como nexo causal, la causalidad probabilística y la cuota de mercado como demostración de hecho ilícito y daño por cuotas.

9.4.1. Todo o nada

El criterio de «*All-or-Nothing Approach*» (todo o nada), exclusivamente admite que existe un total nexo causal e indemniza todos los perjuicios bajo el supuesto de exageración del daño⁸⁵, o bien, si la porción de la falta es mínima, no existe nexo causal y no cabe achacar responsabilidad, lo cual constituye el nexo tradicional, exclusivo en algún tiempo del derecho civil occidental⁸⁶. Opta por indemnizar todo o no se indemniza.

Prevot (2010) difiere del requerimiento del «todo o nada» bajo premisas lógicas y no tanto dogmáticas, argumentando que las mismas han caído en desuso y solo se requiere en contadas ocasiones, ya que lo anterior guarda estrecha relación con la comprobación del nexo causal de manera infalible, situación que no puede ser aplicada en aquellos casos en que se necesita aplicar la retrospectiva del juez, cuando los elementos fácticos anhelados no llegaron a concretarse (ej. la expectativa de sobrevivir) y anota: «Nadie puede decir con absoluta certeza lo que habría ocurrido si el accionado hubiera actuado de otra manera».

⁸⁵ Es la exageración de la indemnización del daño, toda vez que en caso de reconocerse una porción de participación del agente este responderá por todo el daño, aunque todo no sea producto de su falta y basta con un 50% de porción para que ello ocurra.

⁸⁶ El Derecho Alemán rechaza todas aquellas teorías que descansan en el «*Verlorene Chancen*» (Chances perdidas). El Artículo 252 §2 del «*Bürgerliches Gesetzbuch BGB*», Código Civil de Alemania define cuales son los intereses protegidos legalmente, «Limita la reparación de la ganancia perdida a las suma que era posible esperar con probabilidad en el curso ordinario de los acontecimientos o en las circunstancias detalles», en las que no destaca la pérdida de chance y ante estos casos, se procede con la regla del «todo o nada», aun cuando sea una porción de daño demostrado.

Cierto es que ello no es óbice para irse a los extremos, puesto que la decisión del juez debe estar basada en un grado de probabilidad «predominante» para obtener el resultado indemnizatorio, lo que los anglosajones refieren como «*more probable than not*», y en el que no cabe duda que el hecho del enjuiciado tiene una alta incidencia en producir el daño, y, por ende, reconocer su proporcionalidad.

Esta teoría solamente es citada a nivel ilustrativo, puesto que la exigencia de la totalidad de un hecho ilícito como absoluto para ser considerado como indemnizado está en proceso de desplazamiento, aunque hay quienes prefieren mantenerse con la exigencia rigurosa del cabal probatorio total y no admiten elementos presuntivos o de persuasión ante situaciones de difícil comprobación del nexo causal (Noruega, Suecia, Suiza, Alemania) (cfr. Medina Alcoz, 2009), y bien, cuando no se prueba todo, los altos porcentajes se indemnizan por la totalidad del daño final sin más apreciación.

Es la corriente de nexo causal más alejada de la indemnización proporcional, ajustada como pone en el tapiz la pérdida de oportunidad que funciona como un balance de justicia. Por ejemplo, en el «todo o nada» el que resultaba privado de oportunidad de un 60% recibe todo, el de 40% no recibe nada, pero ahora ese umbral del individuo que perdió 40% de oportunidad se centra en un daño indemnizable, lo cual, a claras luces, sale de la zona de *comfort* del tradicional nexo causal.

La teoría de la pérdida de oportunidad, sostiene que bajo tal umbral puede tenerse en cuenta la probabilidad para establecer indemnizaciones inferiores al daño final, por lo que la teoría - todo o nada - se cita para explicar una antagónica corriente.

9.4.2. Incremento de riesgo de daño

El «*Increased Risk of Harm*» facilita la carga de la prueba en aquellos casos en que la negligencia médica incrementó el riesgo en el paciente de sufrir un daño o destruyó la posibilidad de alcanzar un resultado más favorable (pérdida de chance).

Se acredita que el médico creó o incrementó el riesgo y luego se ablanda la necesidad de vincularlo con el daño irrogado, pero huelga decir que esta teoría que reconoce eventos parciales pretende el resarcimiento entero del resultado final sufrido por el paciente, sin ignorar que la participación del galeno no haya sido la génesis del mal del paciente (Fernández, 2008, p. 264), situación que claramente comunica que no se está ante las indemnizaciones de expectativas frustradas y su efecto sería similar al del «todo o nada», pero, sensibilizando la carga probatoria del nexo causal templando su exactitud, para asumir un incremento de riesgo de no curar, lo que se traduce a la alteración de las probabilidades.

9.4.3. Regla de la proporcionalidad

La regla de la proporcionalidad, admite disuasión a la regla del «todo o nada» cuando el paciente tiene expectativas de cura, pero revisa la preexistencia del paciente con aleas negativas y la mala práctica médica para luego aplicar la proporcionalidad.

Ante tal evidencia, es injusto que la víctima salga del escenario sin una recta reparación, experimentado un daño por medio de un factor externo (el galeno) que por naturaleza debía intentar reducirlo. En otras palabras se habla de un reconocimiento proporcional en la indemnización dado que el vínculo causal descansa en la pérdida de posibilidades de restablecerse o su

oportunidad de sobrevivir que también pudo ser causada en el normal devenir de los hechos, resultando necesario desvincular la relación de causalidad del acto médico del resultado final (muerte, lesión, imposibilidad de mejora), encaminándose a una indemnización proporcional, calculando el porcentaje de probabilidades a favor con ayuda de los expertos de la especialidad médica en la que se arrebató la oportunidad que tenía el paciente en el normal devenir de los hechos.

9.4.4. La pérdida de la oportunidad como nexo de causalidad

Recientemente se ha empleado esta figura, no solamente para justificar la llegada de un daño que repercute en la oportunidad con efectos probables, sino también se utiliza para vincular causa y efecto.

En tal sentido, el nexo causal se aplica con la finalidad de sustentar que el perjuicio no proviene totalmente de dicha causa, pero que tampoco es una fábula que existen puntos de proximidad, por lo que no se trata de una vinculación causal o hipotética, toda vez que la expectativa mantenía cuotas de protagonismo y con ellas se pretende encausar al agente.

Se trata de una teoría muy parecida a la previamente citada, pero de manera categórica permite el reconocimiento de un efecto parcial, que sería eventual en el espacio real, pero con alta probabilidad de ocurrencia, del todo no ilusoria. A su vez gira en torno de las expectativas, pero no tan altas como para endilgar toda la responsabilidad al agente, no son puntuales, perfectas o específicas, siendo la incertidumbre del resultado parte de tales efectos. Evidentemente, no se exige la probanza absoluta del nexo causal y es variable el porcentaje según el caso.

La diferencia más notable con la anterior, es que la pérdida de oportunidad como nexo causal supone la necesaria supresión de daños absolutos, por lo que no puede utilizarse para vincular la totalidad del daño como resarcible al agente, cuestión que se trata por separado del porcentaje del nivel causal.

Sin desmeritar el esfuerzo de esta teoría, se anota que no debe aplicarse una figura entendida como daño para interpretar a la vez el vínculo causal que pueda tener con el hecho ilícito; no ha sido creada para justificar vínculos, sino daños y su práctica sería lo menos elaborado; como anota Asúa (2008): « (...) la pérdida de oportunidad no constituye un aspecto de la causalidad sino un daño a indemnizar» (p. 20).

9.4.5. Causalidad probabilística

Al respecto, la probabilidad como determinación para concretizar el nexo causal ante la casi imposible probanza de los hechos que pueden dotar al juez de una directa inmediación probatoria que permita retrotraer con tal perfección los hechos que sirven para vincular la causa y el efecto, más allá de la regla de la proporcionalidad que se centra más en el daño.

Conocida también como: «probabilidad estadística» o «probabilidad cualificada» goza de «incertidumbre razonable», «*more probable than not*»; dado que, en este tipo de situaciones, los actos médicos son hechos muy alejados a la probanza, y más cuando de los mismos se derivan hechos negativos para el paciente. (Medina Alcoz, 2007, p. 247); por tal motivo, cuando no es posible apuntar con precisión, certeza o exactitud la relación de causalidad, el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia (De Ángel en Parra Sepúlveda, 2014, p. 274), permitiendo aplicar este criterio como

mecanismo para lograr convicción o persuasión de forma distinta a la tradicional.

En materia de «pérdida de oportunidad» se quiere vender la idea de preferencia en la «causalidad pirobalística» (*Probabilistic Causation*), reduciendo la indemnización en razón a la intensidad del daño ocasionado por dicha frustración y que solo debe ser reconocido en determinados casos en el que la causalidad se manifiesta por medio de la probabilidad razonable.

Como anota Medina Alcoz (2009, p.39), no se presenta una causalidad cierta en el proceso, sino suficiente con la causalidad probable. Dicho así, es más fácil precisar que se perdió la chance de sobrevivir que calcular su fuerza en el resultado muerte, sin que ello signifique que ha sido enteramente ocasionado por el galeno.

Al respecto sustenta Prevot (2010) que la causalidad «no admite prueba matemática», pero no puede contentarse con menos que una fuerte o suficiente dosis de probabilidad. Su calificación no versa en la ignorancia del nexo causal, sino por el contrario, la construcción de la misma por medio de las herramientas lícitas que se encuentran al alcance.

De modo similar Galán Cortés (en Parra Sepúlveda, 2014, p. 275) dice que: «quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica o matemática». «Bastando con que el Juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no sea posible una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante».

Cabe destacar que esta teoría puede ser objeto de diversas críticas sino se tiene avalada por procesos experimentales o científicos, o la mera intervención de expertos reconocidos, ya que nace de la conocida doctrina

anglosajona «*more probable than not*», («probabilidad suficiente»), apreciable si existe probabilidad de 50% para determinar que el galeno, en este caso, es el causante del efecto daño en la chance y, por ende, responsable de los hechos desplegados en el ámbito médico.

El doctor Parra Sepúlveda (2014, p. 282) indica que «(...) cabe sostener que las críticas apuntadas solo tendrían sentido cuando se tome como base un estudio estadístico para la determinación del nexo causal, no siendo aplicables a aquellos casos en que se atiende a lo que parece más normal o más probable, como frecuentemente ocurre en las decisiones de los tribunales de justicia españoles». Esto supone un estudio previo al acaecimiento de los hechos nocivos, investigación utilizada para señalar que existe más «probabilidad» de que el hecho fue más producido por error que sin él, para invertir la carga de la prueba o disminuir el *quantum* indemnizable (Grau Grau, 2017, p. 231).

La causalidad probabilística puede ser considerada de gran utilidad y poco difiere con el objetivo de la causalidad adecuada, dado que ambos tienen como centro gravitacional encontrar las actividades o hechos que incrementan las posibilidades de causar los daños, y la diferencia más relevante, viene a ser el costo de evidenciarlo, ya que en la causalidad probabilística es aplicada más para aquellos casos en que el tiempo complica la evidencia del nexo de causalidad, desapareciendo las pruebas o imposibilitando su materialización, el evento a futuro por su frustración o imprecisión.

Por tal motivo, la causalidad probabilística es «internalizando los costos antes que el transcurso del tiempo haga difícil su persecución efectiva».

A este efecto se tiene que el daño ya no debe ser visualizado como una consecuencia que se analiza posterior a su acaecimiento, sino antes que se produzca, acudiendo a la experiencia, ya que de lo contrario no sería posible lograr una indemnización más o menos correcta.

Cabe destacar que la causalidad probabilística compagina con la pérdida de la oportunidad, pero para calcular el estimado de su valor, toda vez que al analizar el nexo causal, la oportunidad cierta ya debe estar acreditada.

Esta teoría aporta que la mejor manera de compensar el daño es tomar la probabilidad de que el acto haya sido la causante del daño y los perjuicios reconocidos sean directamente proporcionales a esas probabilidades. Todo con un común denominador, un hecho generador de un resultado dañoso producido por un agente y la ausencia de prueba, respecto al vínculo de causalidad de la pérdida de la «ventaja esperada» y la acción dañosa del agente; en otras palabras, interviene como un grado valorativo distinto, cuando se analiza temas relacionados a la imprecisión, la incertidumbre y lo eventual.

En Chile, ya se ha utilizado mediante sentencia de la Corte Suprema de 15 de abril de 2014, proceso ordinario contra el Fisco de Chile seguido por los tres hijos de una mujer que falleció en el Hospital Naval de Talcahuano el 25 de noviembre de 2006 a causa de un *shock séptico*⁸⁷ por peritonitis bacteriana⁸⁸ a causa de una perforación intestinal, siendo la demanda motivada en que el error del diagnóstico fue por la «falta de servicio» porque el personal del centro médico no fue capaz de descubrir su dolencia a tiempo (Ríos y Silva 2012, p. 166).

Por otro lado, la defensa técnica del Fisco argumentó que se practicaron los procedimientos clínicos adecuados a su mal, pero la paciente presentó un cuadro atípico de abdomen agudo quirúrgico agresivo desencadenando el shock séptico.

⁸⁷ Manifestación más grave de una infección.

⁸⁸ Inflamación del peritoneo o la cavidad peritoneal debida a una infección, a traumatismos o a irritantes químicos como los jugos pancreáticos, intestinales, o la bilis. El peritoneo es una membrana que envuelve la mayor parte de los órganos situados en el abdomen.

Así pues, el fallo de reemplazo hace mención a una elocuente lógica al afirmar que los juzgadores de primera y segunda instancia buscaron defender al Hospital considerando que se trataba de un error de diagnóstico, pero las causas básicas eran la carencia de maniobras elementales ante las dolencias que presentaba la paciente. A continuación, el 7º considerando del fallo de reemplazo se refiere a la causalidad en materia médica:

« (...) cuando el dilema es si en razón de una negligencia médica el paciente pudo perder una oportunidad de sanarse. En estos regímenes de responsabilidad muchas veces solo será posible efectuar una estimación de la probabilidad de que el daño se deba a un hecho o, como sucedió en este caso, al incumplimiento de un deber de atención eficaz y oportuna, por el cual el demandado deba responder.» (El subrayado es nuestro).

Tanto el Juez *a quo* como la Corte de Apelaciones indicaron que no se probó nexo causal, a pesar que se omitió la práctica de ecotomografía o radiografía abdominal, lo que sin duda aumentó los riesgos de muerte de la paciente, mientras la Superioridad enfocó la negligencia en la «falta de servicio» por tardío y defectuoso, y asumió la interpretación del nexo de causalidad, dado que la infección de la madre de los demandantes se encontraba muy avanzada, por tanto, los autores chilenos Ríos y Silva (2015, p. 168) afirman que en materia sanitaria la responsabilidad civil es un asunto de probabilidades sobre la causalidad y la estimación de que un daño experimentado se deba a un acción u omisión.

Cabe anotar que los autores, de manera algo confusa, señalaron que se aplicó la «teoría probabilística» que se equipara a la «regla de responsabilidad proporcional (*proportional liability rule*)», indemnizando alícuota y fraccionadamente la responsabilidad en la medida que contribuyó a producir el daño.

9.4.6. Cuota de mercado

Proviene de los Estados Unidos, caso en el que no fue posible determinar quién era el responsable original. Un producto farmacéutico generó daño a todas aquellas mujeres que consumieron el producto cuando eran niñas; pero, al ser adultas tuvieron indicios o secuelas de sufrir cáncer. Algunas madres de las afectadas fallecieron, y otras no recuerdan de donde adquirieron el producto debido al largo transcurso del tiempo y ahora se manifiestan las secuelas, siendo necesario aplicar la teoría de «*Market Share Liability Approach*»⁸⁹.

Se responsabilizó a todos los productores y fabricantes (del mismo medicamento) en proporción a su participación y sus cuotas en el mercado, bajo la salvedad que probaran que existió algún fabricante en particular que causó el daño, bajo la influencia de otros componentes, lo que nunca ocurrió.

Lo importante a destacar es que no se conoce si la responsabilidad es de una persona o de toda la colectividad, pero si se tiene conocimiento que el producto causó el daño, y ante tal imprecisión se equiparó la carga. En este caso, a diferencia de la pérdida de oportunidad, la incertidumbre descansa en el sujeto responsable, pero no el daño final o la proporción de incertidumbre.

Autores como Moure (2018) prefieren denominar esta teoría como «responsabilidad sin causa probada» (p. 85), pero dicha denominación sería cuestionable contemplarla en una resolución.

⁸⁹ El ejemplo más notable sobre este tipo vinculación causal es citado por Bullard (p. 7-8) en el caso *Sindell vs Abbott Laboratories*, Corte de California, Estados Unidos, respecto a un medicamento antiabortivo denominado DES, produciendo cáncer en las niñas cuyas madres lo utilizaron, una vez mayores de edad, pasaron a ser mujeres con cáncer, demandaron once laboratorios que producían el medicamento, ya que por el transcurso del tiempo era imposible determinar de cuál laboratorio provenía el medicamento consumido y adquirido por cada madre en la misma época, quienes obviamente no recordaban su procedencia y muchas ya fallecieron, lo que se convirtió en una imposible tarea determinar que laboratorio o a que niña corresponde en particular, por lo que cada empresa fue declarada responsable en partes equivalentes a su participación porcentual en el mercado según las ventas de DES.

Esta teoría supone una clara responsabilidad, pero que resulta anónima y se sospecha que es colectiva, pero sufre del mal del nexo causal, que se obtiene de todas aquellas personas que realizan una determinada actividad, realizando un daño sin precisar, por lo que no hay relación causal cierta como se acostumbra; de todos modos, esta teoría supone otra variación de la responsabilidad proporcional.

Cabe anotar, que todas estas doctrinas (salvo «todo o nada») parecen ser variantes de una causalidad adecuada, pero atenuada y flexible, cuando se dificulta la tarea de obtener tal precisión entre causa y efecto; pero en el que la razón, la lógica, la estadística pericial, y diversos factores, arrojan el vínculo causal que debe aplicar el juez ante tales dificultades de prueba.

De esta manera, no se puede negar que la certidumbre causal en estos casos se encuentra dotada de relatividad y desplaza parámetros absolutos, « (...) extiende la tutela resarcitoria a una serie de supuestos en los que la causalidad es sólo posible o probable, pero no cierta o segura» (Medina Alcoz, 2009, p. 63).

En todas estas teorías se trata de aplicar el beneficio de duda en favor de la víctima en situaciones que no son posibles demostrar que el daño final proviene del agente, pero tampoco se descarta su participación lo que posibilita un nexo causal proporcional, y en consecuencia, indemnización de su rebanada.

9.5. El problema del *quantum* indemnizable

A pesar que los Tribunales parecen conocer la teoría, es evidente que no existe congruencia con relación a la indemnización, dado que no se tiene certeza de cómo aplicarla, y desconocen que más allá de tratarse de porcentajes de probabilidad debe fijarse con base situaciones individualizadas de la víctima.

Es en su indemnización descansan las mayores dudas, y parece que lo usual es otorgar una porción de lo pedido por la parte reclamante.

En materia médica el *quantum* de la indemnización requiere de un análisis de la expectativa en juego, en este caso la supervivencia o curación, que como bien anota Parra Sepúlveda (2014): « (...) se acrecientan cuando la determinación del *quantum* indemnizatorio ha de recaer en las denominadas consecuencias no económicas de los daños corporales, debido principalmente a que los atributos de la personalidad (vida, salud o integridad física o psíquica) por definición carecen de valor económico» (p. 380).

Es que en estos aspectos la discrecionalidad del juez juega un papel importante, ya que son derechos cuya magnitud no tienen un valor calculable en dinero (la vida, integridad física, salud, órganos, etc.), y conceder un equivalente no será tal, pues su precio va más allá del valor pecuniario; es abstracto impalpable y hace una travesía entre el campo extrapatrimonial y el campo material.

Indiscutiblemente, esto no quiere decir que estos bienes jurídicos tutelados no tienen valor, sino que son invaluable por su alta envergadura más allá de lo apreciable en dinero y que muchas veces se busca su equiparación en base a lo que produce el individuo, el propio valor agregado que le ha dado a su vida, su capacidad, lo que ha logrado.

Posiblemente es por ello que las cuantías a fijar, en casos similares, pueden ser muy diferentes, dado que el Juez de cada causa no sigue trayectos regulares en cuanto a la valoración del *quantum*, y a la vez su sentido de prudencia es contaminado por factores externos que no le permiten aplicar una justicia equilibrada.

Merecedora de mención es la sentencia de 5 de julio de 2018 del Consejo de Estado colombiano en la que se hace reflexión respecto al monto indemnizable de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico, justificando las variantes que se pueden encontrar al momento de valorar el *quantum*, argumentando que la equidad resulta ser su fundamento jurídico:

« (...) no existe un mandato legal relativo a la forma en la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad y en atención a que la solución asumida por esta Corporación también es aplicada en los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha señalado que, como esta figura constituye un daño autónomo, no deviene directamente, en este caso, de la muerte del señor A(...) Q(...) S(...) sino de la pérdida de la oportunidad, la cuantía se valora de acuerdo con el principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. (...) Este reconocimiento, se insiste, surge de la dificultad de indemnizar con base en datos estadísticos o exactos de cuya prueba adolecen casos como el que se examina, razón por la cual se acude al criterio de equidad, a fin de evitar condenas en abstracto, como ya lo ha hecho esta Subsección en casos de indemnización del perjuicio autónomo de la pérdida de la oportunidad.»

Bajo estas afirmaciones, la intensión es dejar claro, que no existe regla o norma perfecta que permita apreciar la más correcta apreciación de indemnización de pérdida de oportunidad ante lo verosímil del tema que recae sobre derechos a las cuotas de «supervivencia» y «curación» y la diversidad de complicaciones que se dan en los organismos autónomos en materia médica.

Sencillo resulta decir que la indemnización será fijada con bases en el porcentaje de posibilidad de curación que gozaba el paciente hasta antes de la intervención médica: «El juez no decide a partir de una situación existente que pueda ser subsumida en la regla general que supone una presunción, sino que decide a partir de elementos particulares que aprecia para calificar la seriedad

de las oportunidades que se tenían para obtener la ventaja» (Henao 1998, p. 164).

Pero, la problemática es obtener esa cuota de posibilidad frustrada, lo cual requiere de la inminente intervención de datos estadísticos, inferencias empíricas, expertos en la especialidad a desarrollar, y sobre todo elementos fácticos de convicción, aunado a todas las complicaciones que presenta el enfermo. Nada sencillo, donde el tema de «causalidad adecuada» resulta casi una fábula ante tantos factores determinantes que pudieron cambiar la ruta más lógica.

Básicamente, estas pruebas deben brindar información sobre qué habría ocurrido de no proceder con negligencia, de no omitir un acto, no equivocarse o retrasarlo según la experiencia del arte y luego de comprobada la *mala praxis* médica, dicho actuar antijurídico debe enlazarse con la chance perdida en concreto, pero como una disminución más probable que la afección fisiológica en sí para otorgarle un precio, pero ¿de dónde salen las sumas de dinero?

Al respecto, el Consejo de Estado colombiano ha tomado la iniciativa de establecer una suma genérica que no suponga en sí la indemnización de los daños materiales que sobrevienen de la muerte de una persona que perdió la posibilidad de curar, dado que la reparación integral no puede suponer absurdos en su implementación.

Así también, la elogiada tesis doctoral de Parra Sepúlveda (2014, p.382-384), si bien no trae una solución al problema en todos los casos, se detiene a reflexionar en aquella referencia la cual no deja de ser de «esencia inexacta». Hablamos del «baremo», basada en la Ley No. 30/1995 de España, que se refiere a la «ordenación y supervisión de los seguros privados en el ordenamiento español» y cuyo interés se basa en la «valoración de los daños corporales derivados de accidentes de circulación» (vial).

Bajo esta premisa se pretende que las cuantías ofrecidas sean barómetros indemnizatorios, que frenen la discrecionalidad judicial y que propugnen por límites objetivos pretendiendo una «tasación legal obligatoria», a la cual Parra Sepúlveda (2014) seguidamente se manifiesta en parcial desacuerdo:

«Más bien somos partidarios de la adopción de un sistema de baremación: no legal; de periodicidad anual; meramente orientativo; de aplicación general a todos los tipos de perjuicios personales, y no sólo a los producidos en el ámbito médico; dividido por tipos de lesiones y órganos lesionados; y en el que en su elaboración participen conjuntamente médicos, juristas y jueces. Consideramos, además, que su difusión, financiamiento y control debe estar a cargo de entidades públicas y no de empresas aseguradoras, lo cual permitirá independencia, transparencia y aportará la legitimidad de origen necesaria para una utilización adecuada por parte de los órganos judiciales.» (2014, p. 383-384).

Se critica el baremo, ya que se estaría sometiendo a las determinaciones subjetivas de las agencias de seguros y sus regulaciones, aunque así se quiera negar, entrometiéndose en el campo de los derechos a la vida y a la salud, por lo que tal poder podría suponer una manipulación de un negocio a todas luces lucrativo y lo cual, sino mantiene una constante, el derecho de daños se vería condicionado y con ella la discrecionalidad del juez, al reconocer la suma que imponga un tercero con miras a convertirse en un factor real de poder.

Excelente, pero algo utópico resulta la opinión del jurista español en optar por una tasación obligatoria cuya revisión sea periódica con apoyo de las diferentes autoridades, lo cual resulta ser un mundo ideal, pero que no puede contemplar las diversas novedades médicas y tecnológicas que involucra esta responsabilidad, restándole a su vez una función importante a la

discrecionalidad del juez de evaluar cada caso particular, la chance del individuo en contraste con el estadístico.

Se cree que, si no se ha llegado a dicha tasación en materia de daños morales que son enteramente abstractos, difícilmente se puede lograr su inserción en materia médica, en especial, con evaluar cuotas de probabilidades, ventajas y expectativas del paciente en sobrevivir o curar.

Grau Grau (2017), emite su opinión radical en cuanto a los sistemas de tasación, mejor conocidos en España como «baremo»: « (...) son antagónicos a la reparación íntegra, pues se basan en cuantías objetivas, y supuestos que solo el legislador contempla para una colectividad y en supuestos generales», « (...) pueden chirriar el caso concreto, y por tanto ser incompatibles con el principio, no solo de reparación íntegra, sino con el derecho a la tutela efectiva sin indefensión» (p. 114).

Ojalá todos los casos fueran tan fáciles como el que ofrece Álvaro Luna Yerga (2005), respecto a una paciente de cáncer que falleció por paro cardiorrespiratorio sin que el médico la reanimara. El facultativo no diagnostica a tiempo el cáncer sino cuando este ya es inoperable y que, aún detectado a tiempo, solo habría tenido un 30% de probabilidades estadísticas de sobrevivir, la indemnización consistirá en el 30% de aquélla que hubiera correspondido imputable al médico.

Las fórmulas nunca han sido adoptadas con precisión o frecuencia, inclusive en nuestro país, la indemnización de pérdida de oportunidad ha sido vacilada por proporciones meramente subjetivas y altamente discrecionales, tal es caso ya citado *Exellence Panama*, S.A. contra Primer Banco del Istmo, en el que se solicitó la suma de B/. 211,694.53 por la pérdida de oportunidad de evitar un perjuicio de no cobrar su crédito por información incorrecta emitida por el Banco, como ya se habló de sus antecedentes en el pto. 7.11. de este cap.

En dicho proceso consta prueba de los cheques no efectivos por la suma total de B/.81,450.00 reconocida en primera instancia, más los costos y los gastos del proceso; sin embargo, la Sala Civil consideró que «no procede condenar a PRIMER BANCO DEL ISTMO por la totalidad de esta suma (...)» dado que uno de los cheques fue presentado días después del vencimiento de tres meses por la suma de B/.2,500.00, restándolo de la suma posible de obtener y totalizando los cheques por cobrar por la suma de B/.78, 950.00. Los argumentos de la Sala, respecto a la oportunidad sacrificada de que el demandante cobrará su crédito a tiempo fueron los siguientes:

«Pero es el caso que no procede condenar al banco demandado por el monto de los cheques no cobrados por la demandante, sino por la pérdida de la oportunidad de ejercer con éxito las acciones pertinentes a fin de hacer efectivo el cobro de su crédito, éxito cuyo margen de probabilidad, tal como señalara este tribunal, siguiendo a Tamayo Jaramillo, “casi nunca es posible demostrar con certeza absoluta”. (...) es menester determinar el grado de probabilidad de haber llevado a cabo las acciones judiciales pertinentes.

(...)

Sin embargo, (...) se pueden presentar grados de diligencia, es decir puede proceder con un mayor o menor diligencia que la que se establezca en promedio, sin que por ello haya de juzgarse la menor diligencia, necesariamente como actuación negligente. (El subrayado es nuestro)».

Bajo esta premisa, la Sala consideró que la demandante, «*EXCELLENCE PANAMA*», si bien actuó con un razonable margen de diligencia para hacer efectivos los cheques, no debe soslayarse cierto proceder que, hasta cierto punto, mermaría las probabilidades de éxito en su eventual gestión de cobro la vía judicial, y por tanto, « (...) debe establecerse en proporción a dicho grado de probabilidad, este tribunal considera adecuado reducir en una tercera parte la

indemnización que PRIMER BANCO DEL ISTMO debe pagar a EXCELLENCE PANAMA por razón de haber certificado erróneamente, y en dos ocasiones, las causas por las cuales se devolvían los cheques girados por *Strong Men* contra su cuenta en el banco», «lo cual incidió en mayor medida para que la demandante no pudiera ejercer oportunamente las acciones judiciales correspondientes».

Así: «En consecuencia, de la suma de B/. 78,950.00 procede descontar un tercio de la misma, es decir, B/.26,316.66 para dar como resultado un monto a indemnizar por la suma de B/.52.633.34».

Hace referencia a la naturaleza de la figura en estudio que no puede ser merecedora del «todo» pedido, y el hecho del Banco que ejerce de manera independiente una conducta antijurídica que hace desvanecer la chance de evitar tal perjuicio, haciendo efectiva la suma real que pudo alcanzar el actor descontando el cheque que no fue reclamado en tiempo efectivo por la suma de B/.2,500.00, y luego, sin mediar mayor justificación, rebana un tercio de total como suma equivalente a la indemnización.

No se calificó como plena la diligencia del accionante al cobrar sus créditos, puesto que el primer cheque fue cobrado posterior al término razonable de tres meses, y por ende, se estimó la probabilidad del actor como generalmente buena, pero no óptima, la cual fue utilizada como marco de referencia para determinar la posibilidad, en la hipótesis, en caso que de haber gestionado el cobro judicialmente. De igual manera, se hizo referencia de la totalidad de los aspectos positivos que constaban en autos, haciendo la salvedad de que la suma total de los cheques pendientes de pago no pueden ser tomados en cuenta como suma global debido a la supuesta carencia del actor en hacerla efectiva.

Curiosa es la opinión de la Sala que sin mayores esfuerzos aritméticas decide condenar al Banco por una suma considerable con base a los 2/3 del total (no cobrado), situación que paso a ser, a nuestra consideración, altamente discrecional del juez, sin perjuicio de que la misma recaiga en parámetros de justicia, equidad y proporcionalidad, pero dicha operación no ha sido sustentada más que fragmentos casi enteros de su consideración perceptiva.

Otra de las soluciones adoptadas por nuestro derecho en Samba Bonita Power & Metals, S.A. contra Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A. y Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A. (Sala Civil, Casación, 27 de marzo de 2015), la cual destaca por ser muy cómoda y cuestionable en cuanto a lo que a sana crítica de la indemnización se refiere:

«De los informes Periciales analizados, observa la Sala que todos ellos arrojan sumas distintas y millonarias en concepto de lucro cesante comprendido en términos de utilidad que SAMBA POWER & METALS, S.A. habría obtenido con el cumplimiento efectivo, oportuno e íntegro de la obligación, es decir las ganancias por la ejecución del Contrato de Suministro de potencia firme y energía. Así tenemos que en ellos se establecen como ganancias anuales dejadas de percibir producto de este tipo de contratación las siguientes cantidades, B/. 183,030,766.00 según el peritaje de la parte actora, B/.169,000,000.00 según el peritaje del Tribunal y B/.42,000,000.00 según los peritos de la parte demandada.

Así las cosas, para fijar la suma que deben pagar las demandas a la reclamante en este caso, ha de tenerse presente que esta Colegiatura, que la suma reclamada por la demandante fue fijada en la cantidad de MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES DE DOLARES AMERICANOS (US\$ 1, 185,000,000.00) que corresponden a las ganancias dejadas de percibir por el término de dos años. No obstante a lo anterior, esta Sala considera que la indemnización en concepto de lucro cesante ajustado

a derecho, debe tomar en cuenta las circunstancias específicas del presente caso, al encontrarnos frente a una contratación multimillonaria de naturaleza pública, por la calidad de los servicios que constituían el objeto de la contratación que no llegó a formalizarse y con fundamento al Principio de equidad. (...).

En este sentido, esta Corporación de Justicia estima que resulta proporcional y adecuado ceñirse a lo dispuesto por los peritos de la parte demandada, quienes señalaron una suma más conservadora, al reconocer que el mínimo de ganancia anual de las utilidades que podría dejar de percibir la demandante, SAMBA BONITA POWER & METAL, S.A. por la ejecución del contrato respectivo era la suma de CUARENTA Y DOS MILLONES DE DÓLARES (US. \$/. 42, 000,000.00).

Con fundamento en lo anterior, debe esta Sala Considerar que la demandante no realizó erogación para el inicio de la actividad comercial a que se refería el Contrato que no pudo perfeccionarse entre SAMBA BONITA POWER & METAL, S.A. y EMPRESA DE DISTRIBUCION ELECTRICA METRO OESTE, S.A. y EMPRESA DE DISTRIBUCIÓN DE CHIRIQUÍ, S.A. Así las cosas, estima esta Superioridad que ante la culpabilidad de las demandas que ocasionó la frustración del contrato respectivo, lo que debe reconocerse como indemnización ha de corresponder al cincuenta por ciento (50%) de la ganancia mínima anual que hubiese obtenido la Sociedad SAMBA BONITA POWER & METAL, S.A., con base al informe pericial realizado por los peritos de las demandadas (...) Por consiguiente, la cantidad a pagar a la demandante (...) será de VEINTIUN MILLONES DE BALBOAS (B/.21,000,000.00).

(...) dada la naturaleza y complejidad de la contratación, cuya finalidad sería la distribución de energía eléctrica, lo cual es un servicio que, por ser de utilidad pública se encuentra sometida a una tasa de rentabilidad variable regulada por la Autoridad de los Servicios Públicos (ASEP). Así pues, por ser dicha

tasa variable cada cuatro (4) años, al fijarse un monto de indemnización, esta Sala debe ser consciente de la realidad técnica y social de este servicio público y sus variantes» (El subrayado es nuestro).

Si bien el daño por chance frustrada guarda cierta sinonimia con el daño moral respecto a la discrecionalidad de la cuantía a indemnizar, la primera de ellas requiere un estudio de los hechos fácticos que envuelven una determinada situación como bien se alega en la citada resolución cuando se menciona la postura del Artículo 988 del Código Civil.

No obstante lo anterior, en este caso el juez adopta el menor criterio de los peritos de la parte demandada, con una excelente argumentación de las circunstancias particulares por tratarse de un servicio público de electricidad sometido a variables, pero se somete a la simple elección del postor pericial más bajo y dividiendo la misma a la mitad, cantidad que dista mucho de los peritos de la parte demandante y del peritaje del Tribunal, lo cual supone un mínimo esfuerzo del apreciador, incongruente con sus consideraciones quizás por las cifras millonarias que se atienden en el presente proceso, manifestando sus dudas al juzgar.

Con temor a equivocarnos y reconociendo que la labor de juzgar no resulta para nada fácil, y siguiendo la tesis de un esfuerzo ajustable a la complejidad de cada caso, de adoptar una solución compleja pudo obtener un «*average*» de todas las opiniones esgrimidas por los expertos, basados en promedios o medianas de las sumas totales y a partir de allí realizar los ajustes respectivos acordes a eventos fácticos e empíricos, lo cual, si se dio, pero partiendo de la base del mínimo.

Por lo menos aquí, cabe destacar que el método estadístico es algo más justo que el de la entera discrecionalidad del juez que no se esfuerza en ninguna valoración aritmética con valores apegados a la realidad fáctica representada por porcentajes.

Otro caso, ahora médico, se aprecia en la sentencia de 20 de abril de 2017 del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de lo Contencioso (España), al resolver el recurso de apelación interpuesto por Mapfre Industrial, S.A. y Servicio Extremeño de Salud en el proceso que le siguió el señor Horacio y la señora Montserrat, caso desarrollado en la región de Extremadura, Mérida.

Se solicitó el abono de €74, 305,87 por daños causados por el fallecimiento de la señora A (...), esposa y madre de los petentes. El Juzgado Contencioso consideró que existía una pérdida de oportunidad, pero los apelantes solicitaron la desestimación de la demanda o la reducción de la cuantía de 24, 68,87 euros (20% de lo reclamado), en caso que se estimara existencia de la pérdida de oportunidad por un inadecuado seguimiento postoperatorio.

La paciente de 77 años padecía de cardiopatía isquémico-hipertensiva e insuficiencia congestiva, intervenida por un hepatocarcinoma con mortalidad hasta el 30% según la inspección, y un 30 o 40% sobreviven durante 5 años o curar totalmente; 24 horas después de la operación, un viernes con escasez de personal por ser fin de semana, se vio privada de servicios, aunque sus posibilidades de supervivencia eran escasas, las mismas fueron cercenadas.

La doliente falleció por un *shock* cardiogénico, que de la pericia se concluye que conlleva a la mortalidad entre el 40 a 80%, muy bajas o nulas para el perito de la apelante. Cabe traer a colación que luego de la intervención quirúrgica su estado en la sección de reanimación era estable, pero existían pruebas que delataban su estado de gravedad y el cirujano no las valoró hasta

13 horas después cuando su salud era crítica, siendo lo correcto y habitual revisar las pruebas y ante tal escenario derivar a la paciente a medicina intensiva donde pudo haber sobrevivido.

En esta etapa los hechos fácticos no fueron objeto de debate, más si los porcentajes de oportunidad mutilada, una discusión de mera cuantía, puesto que implícitamente no niegan la negligencia del galeno, reafirmando el actuar omisivo de pruebas diagnósticas como infracción a *Lex artis* y una pérdida de oportunidad de tener otros resultados: «una actuación distinta pudiera haber evitado el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza».

Entonces, se procede con las cifras de probabilidad que aparecen referidas en cifras estimativas, y consecuentemente, las pérdidas de posibilidades de curación que sufrió por omisión a la prestación de servicios o medios técnicos necesarios. Respecto a la indemnización el cuerpo colegiado argumentó atinadamente lo siguiente:

«No existe uniformidad acerca de si el juez tiene o no que calcular las posibilidades de éxito y, en función a su vez de este juicio superpuesto, fijar la indemnización. (...)

(...)

Pero en la mayoría de los casos se indemniza tan solo la pérdida de oportunidad de un resultado distinto. En la STS, Sala Tercera, sec. 6ª, de 7 julio 2008 (rec. 4776/2004) el principio de reparación integral de la pérdida de la oportunidad, según esta sentencia, no consiste “en el reconocimiento a favor del actor de una indemnización que le satisfaga por las secuelas que soporta, entre otras razones porque la curación nunca se encuentra médicamente garantizada”. En otras palabras, no debe pagársele por las dolencias reales padecidas "sino tan solo por la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener otro resultado, más propicio y benigno, esto es, la

privación de la ocasión para eludir las secuelas físicas que padece en la actualidad.

(...) este Tribunal considera con la opinión mayoritaria de la jurisprudencia, que deberá aplicarse un porcentaje de minoración en atención a las circunstancias de la paciente y de las dolencias que padecía todo ello en relación con la asistencia dispensada. Y por ello tomando en consideración que existían unas posibilidades de curación de su dolencia de entre un 30 y un 40%, y que el problema cardiológico sufrido tiene a su vez un índice de mortalidad de entre el 40 y el 80%, dada su edad, consideramos procedente fijar la cuantía indemnizatoria en el 40% del total reclamado. En concreto se fija la indemnización total en 29.722,30 euros (...)» (El subrayado es nuestro)

Vemos cómo se adoptan medidas para fijar la pérdida de oportunidad, como lo son el nivel o «chance personal» de la paciente: la edad, antecedentes, estado de salud, y por otro, la «chance estadística» como lo es el porcentaje de curación y supervivencia de los pacientes con el mismo padecimiento y el índice de mortalidad de pacientes con cardiopatías, previamente convencidos de que la chance involucra un tema de evaluación de posibilidad que se traduce a indemnización proporcional.

Como ya se explicó, lo difícil no radica solamente en un aspecto dinerario, sino de apreciación de las probabilidades que varía en cada caso, por muy similares que parezcan, y fijar un estricto criterio hasta cierto punto sería contrario a la equidad y la reflexión de justicia.

9.5.1. Propuesta de indemnización

Cabe anotar que la evaluación del daño por pérdida de oportunidad necesariamente estará inspirada en la ventaja ansiada y aunque se quiera negar, requiere de un vistazo en el perjuicio final, lo que de inmediato nos dirige a una indemnización inferior al que fuera total. Por ello, en la medida que las chances varían, también se cambia la proporción a indemnizar.

Se debe tener claro que la indemnización por pérdida de oportunidad nunca será identificada con el total de la expectativa o ganancia, ni el equivalente al perjuicio, ya que ello sería indemnizar parte de un daño eventual o hipotético, dado que el evento gozaba de alea, umbral negativo, incertidumbre en el éxito, y el efecto a indemnizar debe ser únicamente las tajadas ciertas.

Si bien, se ha comentado sobre una chance como proporcional del daño final es lo mismo decir que se trata de la integridad de la chance misma (chance perdida equivale a fracción de daño final) (Lentz, 2017).

Con ello se desplazan todas aquellas ideas de indemnización fraccionada, ya que se debe precisar que la chance debe ser indemnizada íntegramente, y lo que quizás equivocadamente existe en cabeza del demandante es que se trata del reconocimiento parcial de un lucro, cuando el juez toma en cuenta la probabilidad de concreción de su expectativa como coeficiente de las chances.

En segundo lugar, como el nivel de probabilidad de éxito juega un papel protagónico en la indemnización, la potencialidad de victoria como equivalente al daño frustrado, lo que se indemniza concretamente es la oportunidad de curar o sobrevivir a través de un promedio justo: «Usualmente, se expresa ese valor en

un porcentaje de oportunidades perdidas, que se multiplicará por el valor total del bien en juego» (Tapia Rodríguez, 2012, p. 251)⁹⁰.

En tal sentido, se recuerda el ejemplo del caballo de carreras y se procede a recurrir a las ciencias exactas para comprender cómo debe materializar la indemnización, y una vez que tenemos en cuenta que supone perder una chance se agiliza la labor de reconocer su *quantum* indemnizatorio.

Se inicia este texto con referencias menos complejas. En el evento de ser 10 los caballos participantes y el premio al primer lugar fuera de B/. 10,000.00, la chance perdida no puede ser menos de la décima parte ante una estadística neutral para todos los competidores (partiendo de la buena fe); es decir B/. 1,000.00 (1/10), dado que la indemnización tampoco puede ser el total, para no suponer un enriquecimiento injustificado.

Sin embargo, la chance considera más que sumas exactas. Imaginemos que la dupla jinete y caballo han ganado las 10 últimas competencias en las que han participado, su chance de triunfar no equivale ya al 10% sino por encima del

⁹⁰ Debemos destacar que en el caso de la pérdida de la oportunidad no existe distinción entre una reparación «in natura», la cual supone la estricta literalidad de reintegración al estado en que tendría de no ocurrir el hecho dañoso y la «reparación equivalente» o como se conoce comúnmente: indemnización» que representa el valor más acorde al perjuicio sufrido (Carbonnier prefiere llamarlas obligaciones pecuniarias). Estos conceptos pueden pecar de ambigüedad como una mera obligación dineraria y no exactamente una indemnización, lo que constituye el efecto del incumplimiento original según lo pactado en materia contractual o el deber social de no dañar a los demás en responsabilidad aquiliana. Esto es así, ya que, en la pérdida de la oportunidad, si bien se toma en cuenta el estado que tendría para avocarse a una solución indemnizatoria, no supone el reintegro completo de la cosa, dado que ese evento se encontraba dotado de una utilidad, pero imprecisa, y un hecho contrario sería enriquecimiento sin causa de lo que nunca se obtuvo por incertidumbre.

El evento «in natura» no se puede lograr, puesto que el estado subsiguiente era algo incierto y corresponde a una mera virtualidad, dado a ello, no puede sustituirse la especie, toda vez que no se trata de un daño patrimonial directo, sino una consecuencia de la lesión «pérdida del chance». No puede darle el premio entero y el trofeo al caballo que perdió la oportunidad si persiste la incertidumbre que quedaría en primer lugar. Por su puesto que puede indemnizarse un porcentaje equivalente, pero no restituir una medalla que no existió como parte de su patrimonio. El paciente que perdió la oportunidad de curar no será viable devolverle la salud, al que perdió la oportunidad de un contrato millonario los millones, etc. Insistimos, una chance constituye un valor menor a la ventaja o victoria resuelta y asentada, pero no por eso el «chance» frustrado deja de ser un interés jurídicamente protegido susceptible de valor y con efecto indemnizable.

50% en comparación con los otros competidores y debería ser indemnizado por lo menos con el B/. 5,000 (5/10 o 1/2) del premio, ya que estuvo retrospectivamente muy cerca de él.

A todo esto, no se puede obviar que queda mucho en que trabajar, a fin de lograr criterios uniformes y suficientes, casos que recaigan sobre los mismos objetos y que permitan la verdadera consulta estadísticas (*Statistical Chance*), porque sencillamente, el valor de la chance descansa en el porcentaje de probabilidad de éxito, es por ello que no puede ser remota, porque no indemniza el éxito en sí.

Cuando se habla de que no existe una fórmula exacta se hace mención a comentarios de Weingarten y Gherzi (2016, p.2) que prefieren ser más cordiales con las diferentes actividades en que puede desglosarse este rubro indemnizable, indicando que es muy diverso: «en el caso de la frustración del ascenso, será la diferencia entre el salario de la grilla en que se encontraba al fallecer y la grilla inmediata superior que como probabilidad hubiese obtenido», «en el ejemplo de crédito, algunas oportunidades no es el monto del crédito en sí mismo, sino simplemente la chance de no haberlo obtenido, etcétera».

Lo seguro es que, en todos los supuestos, las variables inciertas deben ser eliminadas de cualquiera indemnización, y debe ser excluida de la cuantía final. «Se tratará de una certeza jurídica que no impide el reconocimiento en el 100% de la oportunidad perdida, aunque naturalmente puede ser proporcional al porcentaje en que se perdió la misma».

A continuación dos ejemplos, de forma general, para indemnizar este daño según la doctrina, antes de ofrecer los nuestros:

- Torrealba (2015) resuelve el *quantum debitor* englobando todos los daños y perjuicios que pudo sufrir la víctima y luego descuenta la fracción o porción de alea negativa, a fin de dar paso a daños ciertos en el

transcurso de los eventos que debían desplegarse, de tal modo quita los excesos de la expectativa por carecer de certeza.

El problema es la discreción del juez en asignarle un porcentaje de negatividad lo que sigue siendo una disyuntiva.

- Chabas (2009) aporta la solución francesa, en la cual se toma como fórmula de valor la ventaja esperada y el porcentaje coeficiente de acuerdo con la oportunidad cierta⁹¹. Para ello es primordial aplicar «el juicio del juicio», como si se hubiese realizado el hecho suprimiendo el hecho antijurídico y luego destacar, cuál habría sido la situación de la víctima de haber ejecutado la oportunidad, a razón de obtener el porcentaje de probabilidad (representada en valor aritmético), y dar con la pérdida provocada por el agente.

En ambos casos se observa en mayor o menor medida una relación con la expectativa final, y el valor de las verdaderas posibilidades de la víctima, el umbral favorable, el beneficio antes de considerarlo un daño resarcible.

En consecuencia, la pérdida de la oportunidad indemniza la posibilidad frustrada, con base en los porcentajes que tenía la víctima para hacerla efectiva como si el curso normal de los hechos no se hubiese detenido, bajo parámetros de mayor o menor probabilidad de éxito para no recaer en injusticias, y claro está, siempre debe tener asistencia de peritos en la materia que se analiza, materia contable o de probabilidades por medio de herramientas excluyentes porcentuales (estadística, censos, registros, cómputos, actuarios, etc.), y la estadística debe emplearse «cuando es difícil determinar cuál ha sido la causa

⁹¹ Al principio parece ser una simple labor, porque si se trata de un premio por la carrera de caballos por la suma de USD 10,000.00 ya tenemos la ventaja esperada, pero el problema es determinar la posibilidad de ganar entre los 10 caballos de la carrera, es decir el coeficiente, el porcentaje es una tarea que no puede ser objetiva, es decir, deben existir suficientes elementos de convicción traídos por las partes para anclar la sentencia en una decisión justa.

del daño (el acto médico o la patología de base), (...) de tal forma que haya sido ocasionado por el acto médico es sustancial, sí puede afirmarse que existe nexo causal entre el acto médico y el daño» (Asensi, 2013, p. 235).

Somos de la opinión, que en vez de suprimir la estadística, solamente es necesario conceptualizar que no siempre será suficiente la visión pericial del experto de la materia, sino que también el actor debe dotar de elementos convincentes al juez, para que suponga la existencia de una necesaria indemnización, puesto que a mayor alea o incertidumbre, menor la indemnización, por ej.: en caso de frustrar la oportunidad, la concursante del certamen de belleza dependerá de las consideraciones del jurado, el jinete del estado físico del caballo y de la capacidad de los otros participantes en la carrera, el futbolista del desempeño personal y global de su equipo y en la medicina, la reacción particular de cada organismo en evolución de mejora, factores externos al evento antijurídico que no pueden ser ignorados en el normal devenir de los hechos por el imparcial, pero que deben ser acopiados por el reclamante para regular la inferencia estadística.

En palabras cortas: «la magnitud de la oportunidad», puesto que no es lo mismo indemnizar aquel estudiante de medicina que tiene la esperanza de ser un médico medio que ya se encuentra realizando sus prácticas profesionales, que un estudiante de segundo semestre de medicina; ya que, el primero tiene un camino labrado, y se complica con afirmaciones como la de Elster (en Velásquez, 2009, p. 102): « (...) consiste en tener en cuenta más que el daño realmente sufrido, atender a la reparación de acuerdo con las necesidades futuras de la víctima».

Esto es así, dado que la oportunidad de un premio de belleza o de una carrera de caballo puede ser indemnizada con mayor certeza en el *quantum* si se conoce el total en juego, pero el juez está obligado a estimar situaciones desequilibrantes con lo fáctico y no tanto en lo jurídico.

Esto requiere una excesiva virtualidad del imparcial, considerar cada una de las variables que obviamente no son lineales, imaginar el resultado de lo que ya no es posible, aunado al costo de la vida, el salario mínimo, la tasa de mortalidad ascendente (en causas médicas), que, si bien no forman parte del evento ilícito, tampoco pueden ser ignoradas para la valoración del daño.

Tampoco se puede obviar que la traducción que se hace por medio de números (y porcentajes) es una versión de manifestación de los umbrales estimados, situación que podría darse gráficamente con los colores blanco y negro que ayudarán a determinar qué tan clara u oscura es la zona gris para el paciente, expresiones simbólicas que tratan de expresar la realidad de porción favorable (o en contra). Esto también podría ser traducido a palabras como muy malo, malo, regular, bueno, muy bueno, pero sin duda los números dan mayor amplitud para precisar posibilidades e ilustrar la porción del daño.

Ahora bien, nuestra propuesta, en cuanto al cálculo del *quantum* indemnizable en pérdida de oportunidad en materia médica consiste en apreciar lo siguiente:

- La necesaria existencia de una reflexión retrospectiva del juez al momento de fallar y ubicar el espacio en el que se vulneró la chance, ubicando los hechos como si no se hubiese arruinado lo esperado; desde allí considerar la calidad de las expectativas, utilizando las estadísticas (*Statistical Chance*), como meras referencias respecto a las posibilidades de supervivencia o curación al momento que debió ser abordado.
- Se requiere interpretación del daño (como ocurre con el daño futuro, daño virtual y vida en relación), y efectuar un juicio sobre las posibilidades existentes, detener o reconducir una dolencia, afección o proceso. Este juicio es lógico-inductivo y supone un análisis aproximado o estimativo de la vinculación lógica entre el hecho y las pruebas para determinar la

medida en la que aquél resulta confirmado por éstas (cfr. Asúa, 2008, p. 27).

- Tomar en cuenta para su aplicación en materia médica: la enfermedad del paciente, edad, antecedentes, estado de salud o avance del paciente al momento del auxilio médico (*Personal Chance*), actualidad del estudio del padecimiento; participantes del acto médico; y si se inclina a una obligación de medio o de resultado.
- Se contemplará la tasa de mortalidad actual en contraste con la edad actual del enfermo, el grado de intervención del acto médico y su negligencia, las características del galeno (condición de especialista como determinante para el grado de responsabilidad⁹², experiencia, *aggiornamento*, etc.).
- Una vez se tienen todos estos datos se le otorga precio total al derecho tutelado y se le empieza a restar o sumar cuotas basadas en las partes ciertas de éxito como si no hubiese entronizado el médico en el acto, para luego restar las partes negativas previas en el paciente e indemnizar en base a la cantidad desaparecida por la conducta del galeno (no olvidar restar o sumar en base a las otras cualidades específicas), y por supuesto tomar en cuenta lo pretendido en el proceso por el demandante.

En resumen, debe estimarse el promedio o escala media de éxito con la negligencia del profesional. Dentro de esa escala media nos referimos al riesgo del organismo como ente autónomo (reacciones, patologías, previo estado de salud), es decir la chance personal, (apoyados en la asistencia necesaria del

⁹² No supone equivalente condenar a todos los médicos por igual, puesto que existen casos muy remotos en que los médicos actúan de buena fe a pesar de ciertos factores que se entrometen en su quehacer y desembocan en resultados negativos en el paciente, tal es el caso de médicos en el interior del país que deben intervenir al paciente ante evidentes posibilidades de muerte sin el equipo necesario. La justicia del juez no sólo recae en derecho sino también en equidad.

médico actuuario que estime la posibilidad de curar o sobrevivir del paciente como ocurre analógicamente en materia de seguros).

Luego la chance estadística (censo o algún tipo de recuento, información técnica y científica), para no asignar cargas negativas que no fueron motivadas por el galeno, partiendo de que alguna parte del daño es fortuito y debe ser asumido por la víctima.

Y es que una adecuada solución combinaría la chance estadística y la chance personal de la siguiente manera.

En el caso del método estadístico sirve para fijar límites comunes, uno superior y otro inferior de probabilidad, fijando entonces los límites superiores, por ej.: en 80% (superior a ello ya puede ser categorizado como certeza de daño) y el mínimo en 15% (menor a ello puede ser considerado como chance irrelevante y genérica) como nuestro ideal⁹³.

La estadística contribuye para que el juez tenga una referencia general para ubicarlo ante casos de certeza de curación o de sobrevivencia en causas similares (mismo padecimiento, mismo estado de avance, etc.) y así no aflorar en causas remotas.

Por otro lado, el método analítico de chance personal verifica factores individuales en el paciente, su propia probabilidad de triunfar (edad, avance de la enfermedad, antecedentes familiares, reacción al tratamiento corregido, la ubicación y magnitud de la dolencia, etc.).

⁹³ Pese a que existen autores como Yagiúz (Vicandi, 2015, p. 26) que estiman suficiente el 45% o 50% o más como probabilidad seria y casos registran el 10% como indemnizable en materia médica. El derecho civil occidental presupone que por debajo del 80% no se puede hablar de una causalidad adecuada y debe recurrirse entonces a la causalidad probabilística, una combinación entre la adecuada y los criterios generales de la vida y que la víctima asuma parte del daño sufrido (Moure, 2018, p. 132).

En el primero se reconocen referencias abstractas y en las últimas referencias concretas, lo que impide que alguna sea absoluta por imprecisa. Se retoma el ejemplo del sujeto que tiene cáncer, no se encuentra con las mismas probabilidades de curación que los tomados en la muestra estadística, como postula el *Common Law*, un individuo, a pesar de tener el mismo cáncer y mismo avance, la reacción a la terapia podría ser distinta.

Propuestas como el «baremo» que frecuentemente citan los autores españoles, no consideran «previamente» estas cualidades personales en cada caso, adicional a que no podrían hacerse cargo de la afección psicológica del paciente o la parte extrapatrimonial de la chance, ya que, si para un sujeto sería un simple defecto, para otro podría ser algo de extrema gravedad (Vicandi, 2017).

A tomar en cuenta que también existen gastos intempestivos que produce la chance frustrada y también deben ser indemnizados, siempre y cuando no se traten de terapias excesivas o innecesarias sin beneficio científico. Es de opinión que los gastos adicionales tendrían que ser indemnizados bajo otro fundamento jurídico que no constituye pérdida de oportunidades (Moure, 2018, 136). Claro está que pueden concurrir juntos en la petición⁹⁴.

⁹⁴ En palabras pobres, el daño emergente que deviene de la imposibilidad de curar o sobrevivir debe ser tomado en cuenta al momento de identificar la chance como parte de un todo, en el que se desmejora la posibilidad de reintegración mediando un intermediario que debió mejorarla, pero ello no se confundirá con aquellas circunstancias en que el paciente incurre en gastos particulares, rutinarios y normales para la sanación de la afectación de génesis (Ej. el enfermo de cáncer regularmente incurre en quimioterapias. Esto no debe ser parte de la chance indemnizada, es regular y habitual de su enfermedad).

9.6. Críticas a la teoría pérdida de oportunidad

A continuación: las críticas, opiniones y abusos que se obtienen al reconocer la pérdida de oportunidad como daño indemnizable.

9.6.1. Argumentos en contra

No cabe duda que siempre existirán autores y doctrinas que fomentan el debate y que hacen que la investigación valga la pena al ver las diferentes posiciones, tal es el caso de Alessandri (1943, p. 218) que supuso que este tipo de daños no sería de tal preponderancia: «La privación de una simple expectativa, de una contingencia incierta de ganancia o pérdida, de un álea, aun por culpa o dolo de un tercero, no constituye, pues, un daño indemnizable por no ser cierto»⁹⁵.

De ahí que esto lleva a dividir las opiniones en teorías negativas sobre la pérdida de la oportunidad, principalmente la del «todo o nada», que rechaza los postulados de daños proporcionales por considerar que es contrario al fundamento de la responsabilidad civil, por no demostrar que el hecho ilícito del agente no es enteramente influyente para el detrimento de la víctima, alegando que la indemnización en la chance trae soluciones erróneas al otorgarse sin la existencia de nexo causal (Austria, Dinamarca, Alemania y con reticencia Canadá).

⁹⁵ Su posición es tal que al referirse al daño emergente hace referencia al ejemplo citado por la doctrina y con respecto a la pérdida de oportunidad y procede a comentarla: «si un caballo muere durante una carrera por dolo o culpa de un tercero o el jinete que debía montarlo no llega oportunamente a causa de un hecho doloso o culpable de otra persona, lo que impide participar en ella; si quien pretendía oponerse a un concurso no puede hacerlo por impedírselo otro, etc. el dueño del caballo o el pretendido concursante no pueden demandar como indemnización el monto del premio asignado al ganador; ni aquél tenía la certeza de que el caballo ganara, ni el pretendido concursante, que el jurado le discerniera el premio»; el autor hace referencia al absoluto premio y no da cabida a la indemnización de expectativas de probabilidad, es decir proporcionalmente, en un época en que Chile todavía no contemplaba claramente la chance perdida como indemnizable, pero si reflexiona sobre ella cuando abordó el daño emergente.

Más fundadas parecen las críticas desde una perspectiva económica y porcentual que aquellas absolutas de la doctrina *ut supra*. Apunta un sector del *Common Law*, inconforme con preponderancia positiva de la prueba y, por extensión, cualquier regla de umbral de probabilidad, conduce a un índice esperado de error que acoge la doctrina de la pérdida de oportunidad. En otras palabras, el porcentaje de error podría alcanzar hasta el 100% de los casos resueltos.

Así, con base en *Fennell contra Southern Maryland Hospital Center Inc.* (1990-1991), se rechazó aplicar la doctrina en un supuesto de pérdida de oportunidad de supervivencia. Imaginemos un grupo de 99 enfermos de cáncer en donde cada uno tiene una esperanza de supervivencia del 33%.

Todos ellos recibieron un tratamiento médico negligente y los 99 pacientes murieron. Conforme al *Common Law*, se habría negado una indemnización en los 99 casos, pues cada paciente tenía, estadística, al menos un 33% de posibilidades de sobrevivir, por tanto, si los 99 pacientes hubiesen recibido el tratamiento adecuado, 33 pacientes se habrían salvado y 66 pacientes habrían fallecido, de tal modo que la regla tradicional habría producido 33 errores por haber denegado una compensación en los 99 casos. (Luna Yerga, 2005, p. 5).

Se debe prestar mucha atención a las inquietudes del autor español Álvaro Luna Yerga (2005), quien anota que en principio la pérdida de oportunidad sí habría indemnizado a los 99 pacientes con un 33% de la indemnización total, pero según las estadísticas, un tercio de los pacientes debieron ser salvados. En ese sentido, los sobrevivientes que corresponden al 33% fueron mínimamente compensados y los 66 fallecidos recibieron una sobrecompensación del 33%, por lo que anota que en el 99% de los casos se habrían producido errores.

Sin embargo, refutando el ej. *citatum*, se estima que mayores injusticias se comenten si se desprotege a quienes han demostrado *mala praxis* médica frente a una irrefutable disminución de la situación de chance de supervivencia, sin perjuicio de contradecir que los cálculos deben aproximarse a mejores precisiones, pero recordemos, la expectativa quedó incierta y no se sabe a quienes correspondería el 33% y a quienes el 66%.

Pero esto no es así en todos los sectores del *Common Law*, que mayormente funda las chances en las deducciones personales del paciente y no en la mera estadística.

Otro argumento en contra de las chances coartadas en el ámbito médico, es que la llegada de esta teoría limitaría la práctica de la ciencia de curar, o por lo menos lograría que los médicos se aparten de pacientes con condiciones preexistentes, y, por otro lado, trasladaría el precio de costo a las pólizas de seguro por negligencia, y el precio del cuidado de la salud pasaría a ser una carga injusta a la sociedad (Zilich, 2003, p. 699).

9.6.2. Argumentos en favor

Obviamente, existen corrientes a favor que admiten la pérdida de la oportunidad, pero desde diferentes aspectos. Entre ellas está: la teoría ontológica o autonomista la cual consiste en que no se puede negar la indemnización por pérdida de oportunidad por no acreditarse la relación de causalidad, indicando que el daño no puede ser referido al elemento de causalidad (Young, 2012).

Su independencia se debe a que se trata de un perjuicio incorporado distinto al beneficio que se pretende, por consiguiente, es autónomo al daño final, plenamente aceptado como una modalidad poco convencional de los conocidos, distinto en estructura y aparición.

Otra de las tendencias de la pérdida de la oportunidad pertenece al daño convencional, pero que mantiene una causalidad probabilística; en otras palabras, se indemniza la parte de la probabilidad con certeza, siempre y cuando el hecho se desarrolle en aquellos eventos que son de posible aplicación.

Entre los fundamentos que pretenden contrarrestar las críticas en contra, más comunes de la chance perdida, se tienen algunas reflexiones del costarricense Torrealba (2015), quien durante el XXVIII Congreso Jurídico Nacional de Costa Rica, hace mención de los 3 primeros puntos citados a continuación, en que la doctrina discute la viabilidad de la doctrina *perte d'une chance*:

- **No es técnicamente un daño:** su reconocimiento judicial ha demostrado que la situación de oportunidad disminuida o frustrada se refleja como un detrimento o menoscabo que ubica a la víctima en desventaja. El debate se eleva a un supuesto que desplaza esa duda y se adopta como axioma. Más allá de los supuestos económicos o materiales, se percibe con semejanza extrapatrimonial que acongoja el sufrimiento y la depresión, acreditando no solo su patente perjudicial que a diferencia de los demás daños especiales tiene una licencia para transitar con asimetría.
- **Se trata de un daño incierto o conjetural:** que la valorización del daño esté sujeta a la probabilidad de la expectativa, no quiere decir que la chance es hipotética, puesto que solamente surge como incierta su consumación. Al momento de hacer nexos causales en este aspecto, se relaciona el hecho ilícito con la chance real, propia y preexistente

destruida por un tercero. Muy por el contrario de lo que los detractores de la doctrina pretenden estatuir, se trata del reconocimiento de daños ciertos, pero con la necesaria aplicación de reflexión retrospectiva del administrador de justicia en cuanto a las cuotas de chances vulneradas por el agente. Se mantiene la premisa de que los daños inciertos no deben ser indemnizados, pero sin la existencia de esta situación ecléctica la problemática no tendría sentido ser estudiada. «Lo que hay que reconstruir idealmente para medir la indemnización no es la situación concreta del bien dañado, sino la situación patrimonial del perjudicado» (Diez 1999, p. 309).

- **Daño no susceptible de medición (cuantificación):** ya ha sido parte de las historias doctrinales de antaño indicar que un daño no puede tenerse como inexistente por no ser fácilmente cuantificable. Se reitera que los daños en general no son dependientes del *quantum*⁹⁶, inclusive hoy en día es común que los jueces apliquen la irónica sentencia que se acoge a la liquidación en abstracto. Si es cierto, su cuantificación como daño indemnizable es difícil, pero el juez tiene plena facultades para hacerse de una pericia técnica respecto al tema (estadísticas, actuariales, médicas, etc.) y todo aquello que lo ilustre sobre las posibilidades de obtención de una ventaja y su equivalente valor. Como dice Savatier: « (...) un daño no deja de ser cierto porque su cuantía sea incierta o indeterminada o de difícil apreciación» (en Alessandri, 1943, p. 214).

⁹⁶ Tal es caso del daño moral, que al principio de su implementación en nuestro país era difícil comprender, a tal punto que, a principio de los '90, se condenaba con sumas similares para todos los casos, entre B/. 3,000.00 o B/.5.000.00, ilustración de que el reconocimiento de su valor no era razón para evitar su reconocimiento. Este daño moral actualmente no incide en factores precisos para aplicar su condena monetaria, toda vez que el juez se sujeta a estadísticas y criterios aproximados y no absolutos, meramente subjetivos y estimativos, pero con finalidad imparcial y de justicia, a lo que la pérdida de la oportunidad al menos si puede aproximarse un poco más a la realidad por contemplar en su contexto ventajas, beneficios o evasión de perjuicios que pueden apreciarse monetariamente, por ejemplo: un premio.

- **Se reduce a las categorías tradicionales de daño:** este daño goza de particularidades específicas (especie) y a su vez de las exigencias generales que son propias del daño (género), y como vimos *ut supra*, difiere con otras figuras jurídicas, pero forma parte del género «daño». Defiende intereses jurídicos tutelados de mejora del individuo y que al ser destruidos son daños que no debe soportar la víctima injustamente en su «oportunidad».
- **La negación a la «probabilidad»:** algunos persisten en la idea de que la probabilidad va en contra de la responsabilidad por no centrarse en un nexo causal tradicional, lo que lleva a la intolerable admisión de las proporciones para algunos. Por consiguiente, no debe superarse, sino más bien aceptarse que el ejercicio probatorio ha sido suficiente para demostrar las cuotas significantes de participación del agente, en mayor o menor medida según el caso. Es por ello que es común escuchar la locución: «juicio dentro del juicio», terminología ampliamente utilizada en Italia «*il método del proceso nel processo*» (Cricenti 2016, p.2088), en el *Common Law* «*trial-within-a-trial-method*», que admite que se lleve a cabo un análisis profundo entre los hechos acaecidos y el daño que se causa ante el valioso detrimento que cuestiona el: «¿Qué habría ocurrido si no fuese por ese hecho?». Se juzga la propia probabilidad de éxito de la víctima en el normal devenir de los hechos como si no se hubiese interrumpido. Pero la probabilidad no tiene un fundamento fantasioso, sino que solo así se puede contemplar la disminución beneficiosa de la víctima con relación al nexo causal, ya que «los hechos no llegaron a surtirse» y el verdadero rechazo bajo esta premisa descansa en la omisiva tarea del juzgador de realizar ese pronóstico de vinculación de los hechos venideros o el temor de examinar la «relatividad» de los eventos por estar empañados de conjeturas, pero esta abstención distorsiona la justicia.

9.6.3. El abuso de su aplicación

La pérdida de la oportunidad, no es admitida por muchos, pero no es por negar su existencia, sino por sus excesos. Muchos pretenden suponer que es la excepción de acreditar «*absolutamente*» el vínculo causal, y muchos litigantes optan por ella desmedidamente (por ej.: las defensas de los centros de salud en España), sin limitarse a ciertos escenarios que permiten ensayar una probabilidad de causalidad justa y razonable.

Medina Alcoz (2009) considera que este daño debe ser estricta o mejor dicho «restringida» (p. 46), pero como suponer una ejemplificación de situaciones especiales en las que se acepta la pérdida de oportunidad sino se han agotado todos los supuestos, adicional a las avenencias de los hechos novedosos o vaticinar los hechos venideros lo que no resulta ser una tarea para nada ociosa. «(...) el problema técnico que se plantea es el de determinar los supuestos en que ésta resulta aplicable por extensión analógica de la ratio probabilística de los concretos preceptos que, para casos específicos, afirman que basta una posibilidad real para obtener una indemnización» (Medina Alcoz 2009, p. 48).

Pareciera que se invoca en aquellos casos que es difícil probar la participación negligente del facultativo, para ahorrar el inmenso esfuerzo de vincular su actuar con el daño final, como si fuera una responsabilidad alternativa o piadosa.

Tales supuestos no son razonables, puesto que la pérdida de oportunidad, como se ha venido desarrollando es «un daño especial», y es a partir de allí que se consideran todas las características elementales de la responsabilidad civil y sus propias características para limitar su alcance y no incurrir en errores en reconocer un daño final desmedidamente o negárselo a la víctima por no tratarse del último daño.

Otro de los abusos de la implementación de la figura, es que pretende ser utilizada como fuente de enriquecimiento injustificado, usurpando la identidad del nexo causal que fija el juez para justificar derechos infundados en el espacio temporal de la expectativa.

Al respecto, es dable anotar, que de ser cierta la existencia de una chance, la misma, ante un evento perjudicial, no puede ser llevada al deterioro y ser abandonada por la propia víctima con la finalidad de que las suertes perdidas se incrementen en perjuicio del agente: «(...) en materia de obligaciones contractuales (...), también en la responsabilidad extracontractual hay que entender que sobre el perjudicado pesa el deber o la carga de mitigar los daños» (Diez Picazo, 1999, p. 322).

A lo que respecta, el afectado debe impedir el desarrollo de los daños que recepta, a fin de que ello no sea tomado como un abuso de su derecho para invocar chances frustradas; de lo contrario, a nuestra consideración, luego podrá alegarse este evento como culpa de la víctima, una de las causas extrañas para eximirse de responsabilidad ante la conducta omisiva injustificada.

Resulta entonces que todos quieren reclamar un expectativa frustrada a su antojo, no obstante, ello podría ser identificada de plano cuestionando la comparecencia de cada uno de los requisitos mencionados, en especial a lo que respecta la chance cierta y real, por lo que no puedo alegar la esposa del enfermo que el cardiólogo frustró la oportunidad de supervivencia, cuando el paciente solamente acudía a chequeos de rutina anual, o que frustraron la oportunidad de ser profesor de la Universidad a quien siquiera ostenta el título de licenciatura.

No es impresionante encontrar alguna jurisprudencia que haga referencia a la pérdida de la oportunidad, cuando silenciosamente lo que expresa el juzgador es la dificultad de interpretar el nexo causal entre el acto médico y daño

final, apegándose a los factores de proporcionalidad para no indemnizar el «todo o nada» y acomodarse en la predisposición del paciente como excusa para ocultar su inseguridad de culpar al galeno: «Consideramos que para constituirse el daño, la pérdida de oportunidad debe contener un criterio de científicidad y probabilidad extraído de las ciencias naturales», «se logra acreditar dentro del proceso judicial con la prueba pericial o el testimonio técnico; así pues que no se considera que este tipo de daño contenga un componente aleatorio sino incierto, de lo contrario, no se trataría de un daño cierto sino de un daño hipotético» (Gutiérrez y Gómez, 2017, p.133).

La oportunidad está en la cierta viabilidad de tratamiento o procedimiento médico, pero se torna achacable por una atención tardía, defectuosa, un error en el diagnóstico, etc., sin que ello quiera dar a entender que ello hubiese evitado la muerte o un inmejorable estado de salud, por tanto, no se deja de probar la *mala praxis* del médico como resultado del daño cierto.

Es allí cuando el estudio de esta materia, sus requisitos y sus características sobresalen para destronar la malversación de este daño, en el que quizás nada de incertidumbre existía, sino un daño nato y puro.

Por supuesto que la enfermedad del paciente juega un rol inverso, no solo sobre la cuantificación de probabilidades para sobrevivir o curar, sino también respecto a la exclusión de la teoría cuando se implementa para justificar «daños proporcionales» que no tiene cabida por tratarse de daños enteros en la muerte o en la salud, causas independientes a los padecimientos tratados, y cuya enfermedad, en ocasiones, ni siquiera cuestionaba la posibilidad de curar o sobrevivir.

Esto nos lleva a concluir que no se debe indemnizar oportunidades cuando lo que se afectó fue la salud o vida, y se opte por la pérdida de oportunidad como una mera alternativa ante la dificultad que encierra la práctica médica y probar el nexo causal.

Ahora bien, un ejercicio que puede realizar el juez para delimitar si se trata de un daño regular o de una pérdida de oportunidad es analizar la causa principal que se pretende juzgar, el actuar médico; luego de ello verificar si existen causas concurrentes que arrojan proporciones distintas del evento final, de tal modo que, si solamente se conculca que el galeno aportó daño, no sería viable apreciar una coherente aplicación de las reglas de «*la chance*» ante la inexistencia de umbral que cuestionar.

Lo que se quiere decir es que la pérdida de oportunidad no funciona como el sustituto para no probar el nexo causal ante la falta de clara imputación, puesto que nada de esto tiene que ver con «chances» o «expectativas» y ver una salida con un espurio consuelo de «daño parcial», cuando la figura que nos ocupa se entiende para todos sus efectos como autónoma, y no llega como un problema, sino más bien como «*Facilitación de la carga de la prueba*» (Luna Yerga, p. 12), en el que se tiene por presumido el nexo negligencia médica - detrimento; de otro modo sería casi imposible acreditar esta relación de causalidad y su indemnización.

9.7. Utilidad de la pérdida de la oportunidad

Se considera que al menos cuatro son los elementos que permite invocar la pérdida de oportunidad como un daño resarcible, útil y necesario, a pesar de las constantes críticas que recibe, respecto a la incertidumbre causal y otras:

- El principio de reparación integral supone no dejar sin indemnización a quienes soportan algún daño injustamente, por lo que la pérdida de oportunidad siempre debe suponer la indemnización equivalente al estado anterior en el que se encontraba la víctima de mejorar su situación.
- Compele a los agentes, profesionales y otros gestores a optar por el desarrollo de sus técnicas del modo menos prejudicial, crear alternativas, métodos para no causar daños, así como ser más diligentes, ante la existencia de sanciones equivalentes a las cuotas de participación en la frustración de posibilidades reales y ciertas de otros individuos.
- Erradica la teoría de «*all-or-nothing*» (todo o nada) que no supone la más correcta aplicación de la justicia, puesto que la víctima se encontraría lesionada bajo parcelas o cuotas; siendo superada por la «pérdida de chance», lo cual logra su implementación de manera poco ortodoxa con la ayuda de la «responsabilidad proporcional».
- Los demandantes que tenían «derecho a la oportunidad» poseen un valor propio en él, independiente del daño final como ocurrido. De lo contrario, los actos negligentes se condonarían implícitamente o, como mínimo, se ignorarían. Además, permitir que los pacientes se recuperen de un riesgo futuro no significa que estén sobrecompensados ni subcompensados⁹⁷ (Allen, 2017, p. 557).

⁹⁷ Texto original en inglés: «*The plaintiffs lost chance should have value of its own independent of whether the ultimate harm has occurred. Otherwise, negligent acts are implicitly condoned or, at minimum, ignored. Furthermore, allowing plaintiffs to recover for future risk of harm ensures that patients are neither overcompensated nor undercompensated*».

9.8. Exclusiones de la figura en la responsabilidad médica

Se reitera que la medicina no es una ciencia exacta y actúa sobre cuerpos con reacciones autónomas, por esta razón, se mencionan aquellos casos en que la «pérdida de oportunidad», además de los casos comunes de responsabilidad civil (caso fortuito o fuerza mayor) no aplica⁹⁸:

- Cuando no existe oportunidad que perder, es decir, esperanza de curar o sanar, lo que incide directamente en el estado de salud y la enfermedad del paciente, o de modo más incidental, el paciente ha dado rienda suelta al desarrollo de su enfermedad con descuidos, limitando sus propias chances.
- La negligencia médica desencadena el daño final como supuesto de responsabilidad total y no es producto del seguimiento de una chance negativa de curar o sobrevivir.
- La existencia de una chance muy remota, mínima y poco relevante, por lo que la premura del paciente y el factor de urgencia en la atención no tendría, en realidad, un resultado de sanación. (El *Common Law* difiere).
- La ausencia de colaboración del paciente en brindar información relevante, brindar información falsa e imprecisa que pudo salvarle la vida o cualquier conducta que malogre la eficiencia del acto médico
- Cuando la decisión del galeno no solamente fue la adecuada, sino que también fue aplicada en tiempo oportuno y con la medida adecuada sin excesos y lo que se desarrolló fue un riesgo médico (iatrogenia).

⁹⁸ No se trata de numerus clausus, no se agota la analogía.

- La sintomatología es confusa y a pesar de ejecutar las pruebas diagnósticas necesarias, el galeno no logra ser preciso, por lo que incide en un válido error médico por datos poco concluyentes y causas remotas de la ciencia.
- Por la asunción del riesgo del paciente por medio de un consentimiento debidamente informado.
- La insistencia del paciente de ser tratado por médicos no especialistas o centros médicos no aptos para una intervención específica.

Para concluir se entiende que la pérdida de oportunidad no significa que cada paciente acuda a los estrados con su abogado y un perito para calcular probabilidades, cuando las intervenciones del galeno no son exitosas, pretendiendo tasar chances; y es que todo médico ha perdido un paciente porque las cuotas de probabilidades siempre existirán, ya sea para bien o para mal. He aquí cuando se inserta la negligencia médica, la falta de empleo de conocimientos técnicos, la falta de aplicabilidad de protocolos, y mientras más sea su magnitud, menos es necesario calcular probabilidades ya que cada vez cobra más participación el daño final, y bajo dicho presupuesto, atribuir correctamente las responsabilidades.

CONCLUSIONES

Conclusiones

1. El acto médico es el evento por medio del cual el facultativo aplica sus técnicas y conocimientos, y a su vez, es el evento que se verifica para determinar el cumplimiento de sus obligaciones de *Lex artis ad hoc*.
2. En la responsabilidad médica, cualquiera que sea su modalidad, siempre tomará en cuenta la aplicación de la *Lex artis ad-hoc* como marco de referencia, para luego determinar si en ello existe culpa médica («*medical negligence*»), pero pese a su evidencia, en materia de pérdida de oportunidad siempre será difícil conocer el nexo causal con respecto a este actuar antijurídico con el daño final, de allí que se habla de oportunidad de curación o supervivencia frustrada.
3. La causalidad adecuada es la corriente que persigue nuestro derecho al momento de explicar el nexo de causalidad (entre hecho ilícito y daño), por tanto, al momento de estar frente a hechos novedosos esta teoría sufre una transformación a fin de rebajar los estrictos estándares requeridos, valiéndose no solamente de aspectos jurídicos, sino también de la lógica y la razón del normal devenir de los hechos fácticos (herramientas estadísticas, el estudio, la analogía y cualquier otro factor de utilidad para aplicar una correcta justicia).
4. Las teorías del nexo de causalidad en materia médica, como los mencionados: las presunciones, la causalidad virtual, el daño desproporcionado y la probabilidad, son mecanismos que se emplean en vista de la difícil labor de vincular la causa y efecto en la profesión médica de notable tecnicismo. No obstante, estas persiguen la misma doctrina de la causalidad adecuada, que de un hecho ilícito derive regularmente el daño a discutir en responsabilidad civil médica.

5. La pérdida de la oportunidad es un daño autónomo que no requiere, «necesariamente», del escenario médico para llevar a cabo sus efectos, puesto que su génesis y desarrollo se ha visto envuelta en diferentes circunstancias (juegos de azar, profesión abogadil, deporte, etc.), situación que nos llevó a calificarla como variable independiente en nuestro marco metodológico. Por su parte, la responsabilidad médica, como estructura que demanda del hecho ilícito, daño, culpa y nexo de causalidad (entre el hecho ilícito y daño), se subordina a los efectos nocivos o detrimentos para su plena existencia y así su consecuente indemnización, que «eventualmente» sería por «pérdida de oportunidad», por ello se ubica como la variable dependiente del daño que se desarrolle.
6. En principio, la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica consiste en una situación en que el paciente acude con expectativas de curar o sobrevivir y estas luego son frustradas por el galeno por dejar correr la suerte de la enfermedad, sin que aporte un daño concreto; empero, en vez de mejorar al doliente, colabora con su padecimiento y aniquila sus posibilidades que previamente no estaban «totalmente» en favor del doliente.
7. Este tema carece de cierto adoctrinamiento en nuestro medio, y esto se debe a que actualmente nuestros tribunales no han tenido la ocasión de deliberar sobre las chances frustras en el ámbito médico, pero sí en:
 - Temas labores y ascensos como es el caso Mapfre Panamá, S.A., que recurre en casación dentro del proceso ordinario interpuesto por Iginio Smith Robinson y Carlos Ariel Mesa de 15 de junio de 2017 (Sala Primera de lo Civil, ponente: Hernán De León Batista).

- Responsabilidad precontractual en el recurso de casación interpuesto por Distribuidora Eléctrica Metro-Oeste, S.A. y otros en el proceso interpuesto por Samba Bonita Power & Metals S.A. de 27 de marzo de 2015 (Sala Primera de lo Civil, ponente Oydén Ortega Durán).
- Cobro de crédito en el Recurso de Casación en el que figuraron como partes *Exellence Panama, S.A.* contra Primer Banco del Istmo, S.A. de 22 de octubre de 2010 (Sala Civil, ponente: Harley J. Mitchell D.).
- Asistencia familiar a los padres de la víctima de una negligencia médica en demanda Contenciosa Administrativa interpuesta por Samuel Núñez contra el Hospital Santo Tomás y el Estado (Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, ponente: Abel A. Zamorano) de 26 de abril de 2016.
- El reconocimiento de la figura como parte de nuestro derecho en el 2010, mediante laudo arbitral que posteriormente fue análisis de recurso de nulidad de laudo arbitral en el 2015 (Sala Cuarta de Negocios Generales, ponente: Luis R. Fábrega S.).
- El análisis de su elemento de «oportunidad cierta» en Cornelio Cano Castillo y otro contra Desarrollo Costa Blanca, S.A. y otros de septiembre de 2015, (Sala Civil, ponente Hernán De León Batista), por la falta de acreditación de explotación de bienes inmuebles (arrendamiento o proyectos inmobiliarios), pero en todos los casos muy parcamente en comparación con otros países como Colombia y Costa Rica quienes compartimos frontera geográfica.

8. En relación a los requisitos de la pérdida de oportunidad se concluyó que: requiere de una certeza en la «oportunidad», revestida de legitimidad; una incertidumbre en la expectativa, frustrada o interrumpida, puesto que ello caracteriza el daño en las esperanzas no precisas en su concreción; acreditar el nexo causal del daño en la chance y su destrucción por vía agente imputable, lo cual hace dar valor al detrimento como «significativo».
9. El análisis de la pérdida de la oportunidad como daño resarcible robustece el concepto de reparación integral de la víctima, quien ha sido privada de una circunstancia que pudo ser provechosa para él, que sí bien supone un rubro indemnizable, merece un tratamiento distinto a las formas usuales de detrimento, sin que ello implique la supresión de los requisitos indispensables de todo daño indemnizable.
10. La pérdida de la oportunidad es un daño autónomo que conjuga dos etapas para su perfeccionamiento, una en la chance cierta desvanecida y la otra en la expectativa destruida de la cual no se conocerá el desenlace.
11. Si bien en nuestro sistema los fallos solo pasan a ser doctrina probable ante su concurrencia, se ha dejado de manifiesto que nuestro derecho reconoce la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad como parte de la implementación del resarcimiento integral, pero aun no forma parte de las disposiciones legales como ocurre en países como Argentina y ensaya constantemente Francia.
12. En aquellos casos que se analiza la pérdida de oportunidad en responsabilidad civil médica, es importante, adicional al estado previo del convaleciente, que se trate de un mal del cual el médico (a auxiliar de la medicina) pudo evitar su agravación y que, en vez de ello, el galeno a contrariado su labor contribuyendo al daño.

13. La pérdida de oportunidad de curación o de supervivencia se ubica en las «chances restrictivas»; es decir, de «evitar un perjuicio», dado que hacia allá se encamina la suerte del enfermo que llega con un mal, y no se trata de la clásica concepción de la chance de obtener una ventaja.
14. Si existe vínculo entre el hecho ilícito y el daño final, no se aplicará la pérdida de oportunidad a un evento que se tiene por acreditado, pretendiendo la implementación proporcional y suponer el desconocimiento de los presupuestos jurídicos de responsabilidad civil, cuando se encuentra nula toda frustración de posibilidades.
15. En los casos de consentimiento informado, si existe la «pérdida de oportunidad de autodeterminación», su decisión, y la «pérdida de chance de falta de preparación» lo cual desvanece la oportunidad de optar por otras opciones, materializando el daño final muerte, lesión, incapacidad, detrimento a la salud como porción negativa de una expectativa no consultada.
16. Lo que realmente se busca indemnizar es el daño a la pérdida de oportunidad y su incidencia o valor indemnizatorio radica en la expectativa como daño especial que supone una zona gris, por tener un aspecto de daño cierto y perjuicio inconsistente.
17. Se ha demostrado con varios ejemplos que la pérdida de oportunidad es la misma, tanto para casos contractuales como extracontractuales, por lo cual clasificarla o limitarla en una de ellas no cobra sentido práctico alguno, y más si se trata de materia médica, en el que galeno tiene sus deberes preestablecidos por el arte de curar.
18. La pérdida de oportunidad se limita a casos específicos en los cuales se tiene una chance cierta y una expectativa incierta, pero que sea posible de concretar esperanzas relevantes. Ello no quiere decir que los casos

citados son los únicos; es susceptible a ello cualquier caso que se ciña a los requisitos elementales y no vulnere la naturaleza primordial de la chance, el correcto balance en la aplicación de la justicia y que de ninguna manera pretende ser un método reductor de cuantías indemnizatorias.

19. Las dos principales categorías de la pérdida de oportunidad en materia médica son: la pérdida de oportunidad de «curación» y de «supervivencia», y las mismas tradicionalmente surgen del diagnóstico o tratamiento errado o retrasado, la falta del deber de información y recepción del consentimiento y el brote de casos de *Wrongful Birth & Wrongful Conception*, las enfermedades nosocomiales, las altas prematuras, la participación de otros auxiliares o terceristas y las listas de espera; todas estas circunstancias en la que se atenta contra las esperanzas del paciente.
20. La pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica todavía es erradamente reconocida bajo las nomenclaturas de lucro cesante, daño emergente y daño moral, a pesar que el cálculo de su indemnización se exprese discrecionalmente conjugado con la ley de probabilidades, las «chances estadísticas» y las «chances personales» como medio de obtención del *quantum* en aquellos casos confusos.
21. Las chances personales e individuales deben ser apoyadas por las chances estadísticas, y estas últimas nunca deben ser asumidas como absolutas para tomar una decisión basada en historias ajenas a la víctima como bien rescata el *Common Law*.

22. La pérdida de oportunidad siempre involucra un doble juicio («el juicio del juicio»), el primero en la frustración de la «oportunidad» como un evento cierto y la segunda en calificar la «expectativa» o alea positiva, como si se excluyera el acto ilícito para conocer la magnitud del daño a indemnizar.
23. La oportunidad frustrada no supone una labor de lástima y empatía con quien ha sufrido este detrimento en su otrora condición favorable, en ella debe juzgarse el saldo de posibilidad que no podrá suponer la totalidad del daño final, ya que existen excesos negativos en contra de la víctima desde antes de la intervención del agente (pero tampoco es ajena al proceder negligente).
24. La pérdida de oportunidad en materia médica no nace con la sentencia del 10 de octubre de 1998 de España, sino en Francia desde la década de los '50 con dos fallos diferentes, casi una década después se analizó en los Estados Unidos.
25. Entre las características de la chance perdida de curar o sobrevivir se encuentra la facultad de contener un rasgo de «perjuicio no consolidado a partir de una situación inexistente», es un «daño autónomo», distinto a la ventaja final esperada o el perjuicio que se quiere evitar y susceptible de valor económico propio y a su vez extrapatrimonial en la angustia y pesadumbre del éxito frustrado; supone un «daño actual», toda vez que al momento de ser invocado debió haber existido y ser sacrificado injustamente. Otra de sus características es que se trata de «un daño asimétrico», en otras palabras, es considerado un daño patrimonial y extrapatrimonial al mismo tiempo, también es «acorde con el principio procesal de congruencia», puesto que responde al principio *«jura novit curia»*: el juez conoce el derecho, el reconocimiento de la figura pérdida de oportunidad sin que la misma haya sido expresamente alegada por alguna de las partes.

26. La indemnización de la oportunidad coartada de curar o sobrevivir es proporcional y no total; no podrá abarcar la totalidad del menoscabo sufrido, es decir el 100%, por dos razones: la primera de ellas porque el perjuicio no ha sido cabalmente originada por la parte demandada, sino que era anterior a la relación que jugaba en su contra, (por ej. la enfermedad); y el segundo motivo es evidente, si bien se tiene conocimiento de que no se llevó a cabo una actividad necesaria, también es lógico pensar que no puede llegar a enlazarse la certeza de que el daño final se habría evitado de haberse desplegado los medios diligentes.
27. La pérdida de oportunidad es un daño «*sui generis*» dentro del género daño, tiene la particularidad de evaluar dos estadios diferentes para expresar su preponderancia en el mundo jurídico, hablamos de la chance cierta frustrada como daño y el grado de probabilidad de expectativa o contingencia como perjuicio.
28. Al momento de situarse ante una pérdida de oportunidad en responsabilidad médica, es imprescindible tomar en cuenta para calcular el valor indemnizable de las posibilidades: «el avance de la ciencia con respecto a la patología», «el estado del paciente al momento de acudir al galeno», «dar con la correcta participación de los gestores del acto médico u otros profesionales o actividades que podrían aniquilar la oportunidad» (centro médico, anesthesiólogos, radiólogos, conductores de ambulancia, enfermeras quienes influyen en las cuotas de chances aniquiladas), y, analizar si se trataba de «una obligación de medio o de resultado», puesto que en materia médica todos estos aspectos son influyentes para empezar a hablar de porcentajes y hablar de expectativas ciertas.

- 29.No aceptar la pérdida de chance con respecto a las obligaciones de resultado, sería no poder indemnizar por ciertas materias usuales como los procesos de esterilización por vasectomía o ligadura de trompas propias del «*Wrongful Conception*», o casos comunes como la estética u odontología bajo este rubro, cuando el daño sea proporcional.
- 30.La doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica, permite resolver a favor de la víctima que se enfrenta a un proceso judicial, lo que de otra forma hubiera sido desestimado por no acreditarse con la debida certeza los daños causados en su chance.
- 31.No existe regla o norma perfecta que permita apreciar la más correcta aplicación de indemnización por pérdida de oportunidad, ante lo verosímil y nutrido del tema que recae sobre derechos de «supervivencia» y «curación» y la diversidad de complicaciones que se dan en los organismos autónomos en materia médica; no obstante, el baremo (tasación del daño), tampoco parece ser la correcta solución, ya que ello condicionaría la discrecionalidad del juez.
- 32.La finalidad de la implementación de la pérdida de oportunidad se fundamenta con el desarrollo del «principio de reparación integral» en no dejar sin indemnización a quienes soportan algún daño injustamente; sirve como mecanismo coercitivo para que los agentes, profesionales y otros gestores de actividades opten por «el desarrollo de sus técnicas del modo menos prejudicial» y crear alternativas para causar el menor daño posible y así «ser diligentes, ante la existencia de sanciones equivalentes a las cuotas de participación en la frustración de posibilidades reales y ciertas de otros individuos», del mismo modo «erradica la teoría de “*all-or-nothing*” (todo o nada) que no suponen la más correcta aplicación de la justicia» y se procede a otorgar valor al «derecho de oportunidad» como una situación que tenían umbrales favorables para el convaleciente.

RECOMENDACIONES

Recomendaciones

1. La principal sugerencia recae sobre el reforzamiento de la doctrina y el derecho positivo respecto a la pérdida de oportunidad como daño resarcible, ya que carece de uniformidad y una debida regulación, como si ocurre en Argentina, y pretende Francia, toda vez que es una figura que no tardará en estremecer nuestra casa de justicia, ante la intolerancia del actual servicio médico masificado. En ese sentido, se sugiere la modificación del Código Civil patrio con respecto a este y otros rubros indemnizables analizados en la presente investigación.
2. Es necesario eliminar de nuestras nociones, que la pérdida de oportunidad solamente constituye la frustración de «obtención de ventajas», puesto que también vale contemplar el sacrificio de «probabilidad de evitar perjuicios», como ocurre con la pérdida de oportunidad de curación y la pérdida de oportunidad de supervivencia.
3. Se debe incentivar el manejo de esta figura, puesto que, si el juzgador no la conoce, debe ser guiado en cuanto al concepto y el fundamento de la figura, y aproximarla a la indemnización integral para que adopte lo justo, puesto que lo injusto sería una declaratoria de irresponsabilidad cuando el reclamante demostró que tenía oportunidades disminuidas.
4. Al abordar la pérdida de chance, es importante tener presente que la actividad o profesión en la que se desenvuelve presenta variantes propias que no permiten calificar su certeza con la misma perspectiva en todos los casos, ej.: la medicina, el derecho, las carreras de caballo, los negocios, etc. Todas estas presentan características propias, por lo que hacer caso omiso a esta advertencia podría incidir en una inadecuada cuantificación de la indemnización, y en el peor de los casos, en la declaratoria de

irresponsabilidad del agente, al no contemplar los hechos que surge en el normal devenir de los hechos.

5. Es útil ampliar la aplicación de varios casos y no limitarse exclusivamente a los médicos, con la finalidad de que por medio de la ejemplificación otros eventos frecuentes se pueda descifrar el empleo de este daño resarcible que se explica mejor a través de su ilustración fáctica, y con ello comprender las cualidades reiterativas de la figura.
6. Cuando la «oportunidad» no sea verificable, o no se presente elemento para conocer su existencia, veracidad o certeza, recomendamos evitar el desgaste de recursos para el análisis el perjuicio por no reportar un daño cierto, por lo que no tendrá sentido justipreciar alguna utilidad del provecho esperado, o la estimación de umbrales positivos o negativos, ya que, si el «juicio del juicio» no pasa su primera fase, la segunda no tiene asidero jurídico para hablar de «chances» frustradas.
7. Para facilitar la visualización de *la perte de chance*, es importante distinguir entre daños y perjuicios, siendo el daño la frustración fáctica de la oportunidad cierta y el perjuicio el destroce de la expectativa que es variante e inconsistente, pero dichos conceptos no se dividen, sino que funcionan como complementos inseparables propio de la figura.
8. Tener presente que el resultado directo del agente debe ser desaparecer «*la chance*» como daño y no aplicar esta figura como un efecto rebote para incrementar las cuotas de resarcimiento, dado que su propia naturaleza excluye la aplicación de otros rubros indemnizables que no están dotados de incertidumbre en el logro, a pesar que existen corrientes que persisten en asignarlo a un daño futuro o lucro cesante.

9. Ante la invocación de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica, no se debe esperar que los reclamantes prueben daños finales, puesto que esto no podrá ser probado en estas hipótesis y si se llegase a demostrar, entonces lo que procedería no es indemnizar las chances de curación o supervivencia, sino un perjuicio completo (la muerte, la agravación de la salud).
10. Contemplar que la indemnización no podrá ser equivalente al daño total, porque su esperanza siempre estuvo datada de expectativa, y realmente no será perfectamente contrastada por desaparecida.
11. Reconocer que la pérdida de oportunidad es una figura en desarrollo, y más en temas médicos, por tanto, es de nuestro interés que se aborde en futuras investigaciones la pérdida de oportunidad cuando es parcial y no total, lo cual supone la disminución de una situación en juego, aplicable incipientemente en el derecho estadounidense, en el que se dilatan chances de curación, haciendo la posterior intervención agresiva y riesgosa cuartando los porcentajes de supervivencia.
12. El juez siempre debe auxiliarse de un perito en la materia a tratar, en especial si se trata de las ciencias médicas, puesto que ellos acercan al imparcial a la inmediación de los hechos y la aplicación técnica, a fin de descifrar la existencia de probabilidades y su proporcionalidad, del mismo modo coadyuvan a distinguir entre la chance personal como método analítico y la chance estadística como método científico.
13. Tomar en cuenta en materia médica que, más allá de la «pérdida de oportunidad de curación» o de »supervivencia», también se contempla la «pérdida de oportunidad de procrear» (mujeres son privadas de tener hijos por errores quirúrgicos o prescripciones médicas negligentes) lo que también se puede traducir como «derecho de supervivencia de los

infantes»; la «pérdida de oportunidad de determinación» y «*la chance d'échapper*» (la oportunidad de escapar del riesgo por no ser informado), igualmente se comenta sobre la «chance pérdida de preparación» o «*préjudice d'impréparation*», estas que dimanen de la frustración de decisión del enfermo o sus parientes.

14. No se debe confundir la pérdida de oportunidad con el daño futuro, puesto que el daño en la chance supone un evento real, cierto y actual al momento de su reclamación, así como la certeza de unas expectativas arrebatadas sin conocer su preciso resultado; mientras que, el daño futuro ubica al detrimento en un evento venidero luego de su reclamación; no obstante, ambas figuras son confundidas por auxiliarse en la profecía y retrospectiva para reconocer el daño que respecta.
15. La diferencia entre la pérdida de oportunidad y el daño espiritual no presentan mucha dificultad, puesto que esta última expresa derechos personalísimos del hombre, en lo íntimo del ser humano, hasta su manera de pensar, una ideología que se considera como el bien jurídico más sagrado, la más alta referencia moralista del individuo, mientras que la pérdida de oportunidad es más versátil y se sumerge en varias actividades y profesiones de la vida.
16. La diferencia de la figura en estudio con el daño psicológico, psíquico y la capacidad de creatividad, es que estos últimos persiguen un daño orgánico, abstracto pero apreciable, evidenciados en la cuestión sensorial, que afecta directamente las funciones del ser y sus reconocimientos, al igual que la chance, implican tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales; la chance frustrada no se basa expresamente en la disminución sensorial o mental, por lo que los bienes jurídicos tutelados y su indemnización no necesariamente son proporcionales.

17. En el daño a la vida de relación no necesariamente desaparece lo esperado, sino que las metas son mucho más difíciles de lograr, realizables pero acompañadas de una permanente dificultad, por medio de ayuda o asistencias, mientras que en las oportunidades perdidas se destrozan expectativas y se reducen situaciones beneficiosas.
18. El proyecto de vida es un daño existencial que recae sobre la realización de la víctima, que ahora ya no posee la plena libertad de trazar los pasos a seguir o reestablecer su dignidad (puede ir de lo físico como una desaparición forzada o secuestro de una persona, libertad religiosa, ser infectado de una enfermedad venérea, etc.). La pérdida de oportunidad excepcionalmente puede buscar la realización de los planes de vida en aquellos casos que el paciente busca una cura con expectativas de seguir viviendo, pero esto pasa a segundo plano ya que es de manera indirecta.
19. Los daños contingentes se diferencian de la pérdida de oportunidad, dado que buscan evitar una catástrofe y no exactamente una indemnización, pero cosa tal como expectativa o indemnización no existe, puesto que el daño todavía no se ha concretado, sino más bien para cumplir las órdenes de hacer o no hacer para evitar el daño latente.
20. Es preciso ampliar en futuras investigaciones las elocuentes e interesantes discusiones que despierta el *Common Law*, que sostiene que la pérdida de oportunidad no necesita ser «sustancial» o «significante» ya que es indemnizable en la misma medida que la negligencia ha reducido la oportunidad de recuperarse, reconociendo hasta 11% de expectativa, lo cual supone un surrealismo de justicia. De aquí también se rescata la oportunidad personal, su propia realidad y por otra parte la oportunidad estadística, es decir, un estudio basado en la ley de las probabilidades, la historia médica y el pasado de otros pacientes, en el que se evalúan realmente las expectativas de supervivencia de los anteriores; aunque las

estadísticas continúan sirviendo como referencias para aproximar al juez a la realidad común.

21. Al momento de analizar la figura de la pérdida de oportunidad en materia médica, es dable analizar supuestos como los que contempla el artículo 1726 del Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina, que explica que el nexo causal adecuado supone las consecuencias «inmediatas» (las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas), y las consecuencias «mediatas» (resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto y resultan previsibles), que son indemnizables salvo norma que expresamente así lo contradiga.
22. La pérdida de oportunidad no debe ser utilizada arbitrariamente en todos aquellos casos de responsabilidad médica, sino en aquellas circunstancias en las que no se pueda dar con la correcta relación causal entre el acto médico (como ilícito) y el daño final, existiendo una chance que ya venía divagando sobre el éxito de la salud del paciente, arrojando desde allí una dicotomía en no justipreciar si el galeno realizó o no el daño final pero tampoco descartando que colaboró con aquel.
23. Una de las recomendaciones más valiosas de la literatura anglosajona, es la medida en la que el juzgador y el reclamante interpretan el nexo causal. Se han identificado tres postulados en los que el juez busca mayor o menor grado de probanza del vínculo hecho ilícito y daño en la chance: el causalidad tradicional («*The Traditional Approach*»), el enfoque de nexo causal relajado o flexible («*Relaxed Causation Approach*» o «*Relaxed Proof of Causation Approaches*»), y el aumento del riesgo del daño final o la pérdida sustancial de chance de evitar un perjuicio («*Increased Risk Approaches*»), todas ellas que revelan las distintas apreciaciones que exigen los jueces en materia causal, las cuales debemos identificar y lidiar

con ellas durante el litigio. Así pues, dos cosas son ciertas en la pérdida de oportunidad: existen muchos estándares para aplicar el nexo causal, pero no existe un estándar fijo «*landmark*» similar dentro de un sistema.

24. Otro punto a considerar, es la utilización de teorías que permiten fraccionar, atenuar o graduar y analizar desde otra perspectiva el nexo causal de acuerdo al nivel de participación del galeno en la frustración de la oportunidad del paciente, ante alguna incertidumbre latente como se viene desarrollando los hechos, entre las cuales se rescata: la regla de la proporcionalidad, la pérdida de oportunidad como nexo causal, la causalidad probabilística y la cuota de mercado. En todas estas teorías, (salvo la del «todo o nada») se trata de aplicar el beneficio de la duda a la víctima en situaciones que no son posibles demostrar que el daño final proviene del agente, pero tampoco se descarta su participación lo que posibilita un nexo causal proporcional.
25. Es aconsejable hacer la traducción de las aleas positivas y negativas por medio de números (y porcentajes) como una versión de los estimados, situación que podría darse gráficamente con los colores blanco y negro que ayudarán a determinar qué tan claro u oscura es la zona gris para el paciente, pero los números dan mayor amplitud para precisar e ilustrar las posibilidades.
26. Las «infecciones nosocomiales», también pueden limitar las chances del paciente, pero cierto es que este nuevo elemento, acompañado de la ya enfermedad en zona gris del paciente, podría disminuir la expectativa del enfermo y tornarla negra, siempre y cuando: la afección nosocomial no cause daño por si sola y que la misma se combine con la actual afección del paciente y en conjunto restrinja sus expectativas.

27. En cuanto a nuestra propuesta para lograr una correcta «indemnización», se sugiere lo siguiente:

- Debe estimarse el promedio o escala media de éxito en contraste con la negligencia del profesional.
- Contemplar el riesgo del organismo como ente autónomo (reacciones, patologías, previo estado de salud), la proyección del enfermo (chance personal).
- Lo pretendido en el proceso, apoyados en la asistencia necesaria del médico actuario que estime la posibilidad de curar o sobrevivir del paciente (como ocurre analógicamente en materia de seguros), estadísticas, censo o algún tipo de recuento, información técnica y científica (chance estadística), incluso cuando la manifestación negativa no sea actual al momento de justipreciar el daño.
- Verificar factores personales de la probabilidad de triunfar, la chance personal (edad, avance de la enfermedad, antecedentes familiares, reacción al tratamiento corregido, la ubicación y magnitud de la dolencia, etc.), en fin la posibilidades propias de la paciente, y a su vez, reconocer referencias abstractas y en las últimas referencias concretas, lo que impide que alguna sea absoluta por imprecisa. Dado que el sujeto que padece de cáncer no se encuentra con las mismas probabilidades de curación que los tomados en la muestra estadística como señala los estudiosos del *Common Law*, no tiene el mismo tipo de cáncer o su avance y reacción a la terapia pudo ser distinta.
- Una vez esto fija un valor en el daño global y se restan las partes exitosas que fueron truncadas por el experto de la salud, y así otorgarle precio al daño que por invaluable es de difícil apreciación.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía General

Libros

- ABELIUK MANASEVICH, René** (2001). *Las Obligaciones*: cuarta edición, actualizada y aumentada, Tomo 1. Chile: Editorial Temis S.A.
- ACEDO PENCO, Ángel** (2007). *Contratos y responsabilidad civil: Cuestiones Jurídicas actuales*. Madrid: Dykinson S.L.
- AGUIAR GUEVARA, Rafael** (2001). *Tratado de Derecho Médico*: Primera edición. Venezuela: Legislec Editores, C.A.
- ALTAVILLA, Enrico** (1999). *La Culpa*: Cuarta edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, S.A.
- ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa** (2006). *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*. Madrid: Dykinson, S.A.
- AGÓN LÓPEZ, Juan Guillermo** (2017). *Consentimiento informado y responsabilidad médica*. España: Wolters Kluwer España, S.A.
- AGUIRRE, Gifford** (1993). *El médico y su responsabilidad*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, S.A.
- ALESSANDRI R., Arturo** (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*. Chile: Imprenta Universitaria.
- ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto** (1993). *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*: 4ta edición, 2da reimpresión. Buenos Aires: Abeledo-Perrot A.E.e.I.
- ANUNZIATO, Luis** (2001). *El conflicto en la relación médico-paciente*. Buenos Aires-Argentina: Ediciones Carlos Vicino Editor.
- ASÚA GONZALEZ, Clara I.** (2008). *Pérdida de la oportunidad en la responsabilidad sanitaria*: primera edición. Navarra: Editorial Arazandi, S.A.
- BARBARA, Jorge Augusto** (2014). *La relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil, derecho argumentación*. República de Argentina: Alveroni ediciones.
- BONASI BENUCCI, Eduardo** (1958). *La responsabilidad civil*. Barcelona: José M. Bosch.

- BLAS ORBÁN, Carmen** (2003). *Responsabilidad profesional del médico, Enfoque por el siglo XXI*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- BLAS ORBÁN, Carmen** (2006). *El equilibrio en la relación médico-paciente*. Barcelona-España: Bosch Editor.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge** (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*: novena edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (2008)**. *Diccionario Jurídico Elemental*: novena edición. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- CALDERÓN GAMBOA, Jorge Francisco** (2005). *Reparación del Daño al Proyecto de vida por violaciones a Derechos Humanos*. República de Argentina y México: Editorial Porrúa.
- CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia** (1997). *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad civil médica*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, S.A.
- CARBONNIER, Jean** (1971). *Derecho Civil-Situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones*: traducido de la primera edición, tomo II, volumen II. Barcelona: Bosch.
- COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henry** (1951). *Curso elemental de derecho civil. Teoría general de las obligaciones*: tercera edición, tomo III, Madrid: Editorial Reus, S.A.
- CORBELLA I DUCH, J.** (2008). *La responsabilidad civil de los centros sanitarios*. Barcelona: Editorial Atelier Libros.
- CÓRDOBA, Jorge E. y SÁNCHEZ TORRES, Julio** (2002). *El derecho de daños en el nuevo milenio*. Argentina: Alveroni ediciones.
- CORDOBERA GARRIDO, Lidia M. y BUSTOLAGO, José Manuela** (2010). *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada – Derecho argentino y Derecho Español*. Madrid: Editorial Reus, S.A.
- CHACÓN PINZON, Antonio José** (2003). *Fundamento de Responsabilidad Médica*. Bogotá-Colombia: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- CHUCK SEPÚLVEDA, Jorge Adrián** (2015). *Bioética en pediatría*: 1ª edición. México, D.F.: Editorial El Manual Moderno.
- DE CUPIS, Adriano** (1975). *El daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil*: segunda edición. Barcelona: Bosch Editor.

- DE GASPERI, Luis** (1964). *Tratado de derecho civil - Responsabilidad Extracontractual*: tomo IV. Argentina: Tipografía Editora.
- DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio** (1992). *Sistema de derecho civil*: 6^{ta} edición, volumen II. Madrid: Editorial Tecnos.
- DIEZ PICAZO, Luis** (1999). *Derecho de daños*: 1^{era} edición. Madrid: Civitatis Ediciones, S.L.
- ELIZARI URTASUN, Leyre** (2012). *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los Centros Sanitarios*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- FABREGA, PONCE, Jorge** (1989). *Estudios Procesales*. Panamá: Editora Jurídica Panameña.
- FÁBREGA PONCE, Jorge** (2001). *Medios de Prueba*: segunda edición, corregida y aumentada, Plaza & Janes. Colombia: Editores Colombia, S.A.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia** (2008). *Responsabilidad Profesional de Fisioterapeuta*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- GHERSI, Carlos Alberto** (1997). *Teoría General de la Reparación de daños*: 2da edición, actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea, S.R.L.
- GHERSI, Carlos Alberto** (1995). *Modernos conceptos de responsabilidad civil*: 1^{era} edición. Medellín: Biblioteca jurídica Diké.
- GRAU GRAU, Ignacio** (2017). *La Responsabilidad Patrimonial Sanitaria: Aspectos Procesales*: sexta edición. España: Wolterse Kluwer España, S.A.
- GUERRA DE VILLALAZ, Aura Émerita** (2015). *La Responsabilidad Penal y Civil del Médico*. Panamá: Cultural Portobelo.
- GUTIÉRREZ LUNA, Manuel** (2001). *La responsabilidad de Médicos y Sanitarios*. Córdoba-España: Libros Jurídicos.
- HENAO, Juan Carlos** (1998). *El daño – Análisis comparativo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*. Bogotá-Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- HERRERA MOLANO, Luz Andrea** (2009). *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad médica en Colombia*. Chía - Colombia: Universidad de la

Sabana, Instituto de Postgrado, Especialización en Derecho de la Responsabilidad, Área de Derecho. Investigación aplicada.

JANEIRO BELLO, Domingo (coordinador); CADENAS S., Miguel Ángel; COBACHO GÓMEZ, José Antonio; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; VIDE, Carlos Roger; ROMAY BECCARIA, José Manuel; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis (2003). *Derecho de daños. Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*. Madrid: Editorial Reus, S.A.

JOSSERAND, Louis (1951). *Derecho Civil*: tomo II, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía-Editores.

JURISPRUDENCIA (2014). *Derecho civil - responsabilidad civil*: primera edición. Miami Florida: El Cid editor/apuntes, por grupo gaceta jurídica.

LARENZ, Karl (1980). *Metodología de la Ciencia del Derecho*: (en castellano por Methodenlehre der Rechtswissenschaft). Barcelona: Editorial Ariel.

LASARTE ALVAREZ, Carlos (1996). *Principios de derecho civil – Derecho de Obligaciones*: 4^{ta} edición, tomo II. Madrid: Trivium.

LORENZETTI, Ricardo Luis (1997). *Responsabilidad civil de los médicos*: tomo I. Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.

MARTÍ MARTÍ, Joaquim (2009). *La responsabilidad civil del Abogado, del Procurador y sus sociedades profesionales*: 2^a Edición. Barcelona - España: Librería Bosch, S.L.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto (1995). *Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*: 8^{va} edición. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

MARTÍNEZ SIMÓN, Alberto Joaquín (2013). *Responsabilidad Civil por pérdida de chance*, 2^{da} edición. Paraguay: Intercontinental - Editora.

MAUAD PONCE, José Alberto (1997). *Responsabilidad civil médica*: primera edición. Panamá: Editorial Portobelo.

MAZEAUD, Henry y León, y TUNC André (1977). *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad civil delictual y contractual*: tomo I, volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.

MEDINA ALCOZ, Luis (2007). *Teoría de la pérdida de la oportunidad*. Pamplona Navarra: S.L. Civitatis Ediciones.

MEDINA ALCOZ, María (2012). *La asunción del riesgo por parte de la víctima, Responsabilidad Civil III*. Madrid: Editorial Dykinson S.A.

- MELICH ORSINI, José** (1995). *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*: 1 era edición, tomo I. Caracas-Venezuela: Serie Estudios
- MESA RODRÍGUEZ, Rafael** (2017). *Sistema General de Riesgo Laborales*: 3ª edición revisada y aumentada. Bogotá: Colección Jurídica, Universidad del Norte Editorial.
- MESSINEO, Francesco** (1955). *Manual de derecho civil y comercial*: tomo VI. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MONTOYA GOMEZ, Mario** (1977). *La responsabilidad extracontractual*, Bogotá: Editorial Temis, S.A.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antoni** (2007). *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid: Dykinson S.L.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge** (1982). *Responsabilidad por Daños, Parte General*: tomo I. Argentina: Ediar.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel A.** (2004). *Código Civil comentado: doctrina, jurisprudencia, bibliografía – Responsabilidad Civil – contratos, parte general*. Argentina: Rubinzal-Culsoni editores.
- MOURE GONZÁLEZ, Eugenio** (2018). *Hacia un baremo del daño sanitario – Y cómo valorarlo mientras tanto*: 1ª Edición. España: La Ley. Wolters Kluwer España, S.A.
- NETTLETON, David F.** (2005). *Técnicas para el análisis de datos clínicos*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, S.A.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo** (1984). *Régimen General de las Obligaciones*: 4ª Edición. Colombia: Bogotá: Editorial Temis, S.A.
- ORNELAS AGUIRRE, José Manuel** (2013). *El expediente Clínico*. México: Editorial El Manual Moderno, S.A., Hermosillo, Senosa.
- PADILLA, Rodrigo** (2013). *Misión, Derechos, Deberes y Responsabilidad del Abogado*. México, D.F., Madrid: Editorial Ubijus.
- PALMERO, Juan Carlos** (1973). *El daño involuntario (indemnización de equidad)*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos.
- PEIRANO FACIO, Jorge** (1981). *Responsabilidad Extracontractual*: tercera edición. Bogotá-Colombia: Editorial Temis, S.A.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George** (1997). *Daño Civil*: 3ª Edición, tomo IV, volumen IV. México: Harla.

PLANIOL, Marcel (1923); *Traité Élémentaire de Droit Civil, Tome Deuxième, Paris: Librairie générale de Droit & De Jurisprudence.*

PRECIADO AGULEDO, Darío (1998). *Indemnización de perjuicios: tomo II.* Colombia: Ediciones Librería del Profesional.

PUIG BRUTAU, José (1997). *Compendio de Derecho Civil: 3^{era} Edición.* Barcelona: Bosch, S.A.

PUIG BRUTAU, José (1976). *Fundamento de Derecho Civil – Derecho general de las obligaciones: tomo I, 2^{da} edición, volumen III.* Barcelona: Bosch, S.A.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro (2004). *Nuevas Formas de Gestión Hospitalaria y Responsabilidad Patrimonial de la Administración.* Madrid: Editorial Dykinson.

ROMÁN SÁNCHEZ, Alejandro (2009). *Contratos Mercantiles Típicos.* Panamá: Cultural Portobelo.

SILVA SILVA, Hernán (1995). *Medicina Legal y Psiquiatría Forense: tomo II,* Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

TAMAYO JARAMILLO, Javier (1990). *De la Responsabilidad Civil – De los perjuicios y su indemnización: tomo II.* Bogotá: Editorial Temis.

TAMAYO JARAMILLO, Javier; MARTÍNEZ RAVE, Gilberto; CASTAÑO de R., María Patricia; GHERSI, Carlos Alberto; VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto; JARAMILLI RESTREPO, Carlos; MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; VÉLEZ CORREA, Luis Alfonso y SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel (1993). *Responsabilidad Civil Médica en los Servicios de Salud: 1^a Edición.* Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, Universidad de Medellín.

TIMPSON LAYNE, Claudio (2015). *Derecho Civil – Responsabilidad Civil,* Panamá: Talleres de copias 2x5.

TIMPSON LAYNE, Claudio (2011). *Derecho Civil – Obligaciones, efectos, transmisión y extinción.* Panamá: Talleres de copias 2x5.

VALENCIA MORENO, Alexander y TRUJILLO LOPEZ, Virgilio (2011). *Manual de obligaciones: volumen I, primera edición.* Panamá: Editorial Novo Art. S.A.

VALENCIA MORENO, Alexander (1997). *Responsabilidad civil médica por daños al paciente: 1^{era} Edición.* Bogotá, Caracas, Panamá, Quito: Editorial Jurídica Bolivariana.

- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE Álvaro** (1998). *Derecho Civil: tomo III de las obligaciones*, séptima edición. Colombia: Editorial Temis, S.A.
- VALÉS DUQUE, Pablo** (2012). *La responsabilidad precontractual*. Madrid: Editorial Reus
- VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto A.** (2000). *Culpa y dolo*. Argentina: Editorial *Juris*.
- VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio** (2006). *Responsabilidad Civil Extracontractual*: 21 edición. Colombia: Editorial Universidad de la Sabana, Editorial Temis, S.A.
- VICANDI MARTINEZ, Arantzazu** (2017). *El error médico en la cirugía estética. La respuesta jurisprudencial del Derecho a la casuística en la Medicina voluntaria*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L.
- VIGURI PEREA, Agustín** (2004). *El consentimiento informado desde una triple perspectiva comparada: Derecho español, angloamericano y japonés*. Puerto Rico: First Book Publishing, Carolina.
- VINEY, Geneviève** (1982). *Traité de droit civil- Les obligations. La responsabilité: conditions*. París: L.G.D. J., No. 368.
- VON THUR, Andreas** (2007). *Tratado de las obligaciones*: 1^{era} edición, tomo I, Editorial Comares. Granada: 2007.
- YEPES RESTREPO, Sergio** (1992). *La responsabilidad Civil Médica*: 1^a edición. Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- YONG RODRÍGUEZ; Camilo A.** (2012). *Pérdida de Oportunidad*.
- YONG SERRANO, Samuel** (2012). *Introducción a la Responsabilidad pública y privada*. Colección Docencia y Derecho, 2^a edición. Bogotá - Colombia: Universidad Santo Tomás, Ediciones USTA.
- YUNGANO, Arturo Ricardo; LÓPEZ BOLADO, Jorge D.; POGGI, Víctor Luis; BRUNO, Antonio Horacio** (1992). *Responsabilidad profesional de los médicos*: segunda edición. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariana** (1993). *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*: volumen I. Madrid: Editorial Reus.
- ZANNONI, Eduardo** (1987). *El daño en la responsabilidad civil*: 2^{da} edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Revistas y publicaciones

ALLEN, Chenoa C. (2017). *Tort Law - Loss of Chance in Womyng: Alive, but for How Long – McMackin v Johnson County Healthcare Center, February, 2017. Wyoming Law Review, 533, Volume 6, Number 2, Article 11.*

Anonymous (2010). *A Review of Surgical Informe Consent: Past, Present, and Future. A Quest to Help Patients Make Better Decisions: World Journal of Surgery, July.* Recuperado en línea: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2895877/>

ASENSI PALLARÉS, Eduardo (2013). *La evolución de la doctrina de la pérdida de Oportunidad en responsabilidad médica.* España: Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 8/2013 I. Estudios y Consultas.

BELTRAN PACHECO, Jorge Alberto (s/f). *Estudios de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil.* (s/ciudad). Recuperado en línea: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/16891/17198>

BERTRAND PARRA, Mari Manuela (s/f). *El error médico,* México. Recuperado en línea: http://www.conamed.gob.mx/comisiones_estatales/coesamed_nayarit/publicaciones/pdf/error_medico.pdf

BONEZZI SWITZER POLITO & HUPP CO. L.P.A. (2018). *The History and origins of Medical Malpractice Litigation.* Recuperado en línea: <https://www.bsphlaw.com/Articles/The-History-and-Origins-of-Medical-Malpractice-Litigation.shtml>

BONANNO, Claudio (2009). *La perdita di chance nel Diritto Privato. Brevi riflessioni; alcuni spunti dottrinali e giurisprudenziali,* Italia: *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti dell'Ambiente, Vol. VII Anno 2009.*

BUERES. Alberto (1994). *Responsabilidad Civil de los médicos: 2^{da}. ed., vol.1.* S/ciudad: Hammurabi.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (s/f). *Causalidad Probabilística: Ius et Veritas:* artículo inédito.

BURGOS PORTILLO, Roxana Bernardet (2014). *La responsabilidad médica.* La Paz: Revista Scielo, Rev. Méd. La Paz v.20 n.2. Recuperado en línea: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582014000200001

CONSOLI Silla et DAUCHY, Sarah (2010). *La notion de perte de chance chez le patient souffrant d'un trouble mental et atteint de cancer*, Springer -Verlag, La France.

CORRAL, Hernán (2016). "Cúmulo" de responsabilidades: Esperanzador giro jurisprudencial. Recuperado en línea: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/09/23/Cumulo-de-responsabilidades-esperanzador-giro-jurisprudencial.aspx>

CRICENTI, Giuseppe (2016). *La Perdita di Chance come diminutivo astratto. Il caso della Responsabilità medica. estratto di: Responsabilità Civile e Previdenza: Revista mensile di dottrina, giurisprudenza e legislazione - n. 6. Italia: Giuffrè Editore.*

CHABAS, François (2009). *La pérdida de "chance" como daño resarcible*. Notas: Derecho al Día año VIII – Edición 152 - 04 de noviembre de 2009.

ESPIN, Diego (1983). *Manual de Derecho Civil Español*: 6ta edición, volumen III. Madrid: Revista de derecho privado.

FARG Suzanne & DANZIGER Verity (2012). *Burde of Proof. Loss of chance, Personal Injury Law journal*: September.

FENESTRA, Robert (1975). *Grocio y el Derecho Privado Europeo*. Sumario año 1975. Recuperado en línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1251629.pdf>

FISCHER, David A. (2001). *Tort Recovery for Loss of a Chance. University of Missouri School of Law, 36 Wake Forest L. Rev. 605.*

FRIEDMAN & FRIEDMAN, *The History of Medical Mapractice*. Recuperado en línea: <http://www.friedmantriallawyers.com/history-of-medical-malpractice>

FORNARO PASQUALE (1996). *La perdita di chance, Dirrito & dirrit dal*: Italia. Recuperado en: <file:///C:/Users/david%20zamora/Downloads/la-perdita-di-chance.pdf>

GUTIÉRREZ TOBÓN, Verónica y GÓMEZ SÁNCHEZ, Sebastián (2017). "Pérdida e Oportunidad" en la responsabilidad médica Estatal, entre vaivén de la certeza y la incertidumbre "Loss of Chance" on the state medical liability within the fluctuations of uncertainty and certitude. Colombia: Revista Pluriveso núm 9.

GUZMÁN MORA, Fernando (2001). *El acto médico: consideraciones básicas*. Bogotá: Revista CONAMED, Año 5, Vol. 10, Núm. 21, octubre – diciembre.

- GUZMÁN, Fernando y ARIAS, Carlos Alberto** (2012). *La Historia Clínica: elemento fundamental del acto médico*. Bogotá-Colombia: Revista Colombiana de Cirugía, Asociación Colombiana de Cirugía.
- HERSALIS, Marcelo** (2009). *La pérdida de la oportunidad o chance*. Ciudad de Buenos Aires: Argentina: Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Abierta Interamericana, 2009, Cathedra Jurídica.
- HILL, Timothy** (1991). *A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords: The Modern Law Review*, Vol. 54, July: 1991.
- JORDANA FRAGA, Francisco** (1985). *Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico*. S/ciudad: Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
- KOCH, Steven R.** (2010). *Whose Loss is It Anyway – Effects of the Lost-Chance Doctrine on Civil Litigation and Medical Malpractice Insurance*, Volume 88, Number 2, Article 5, *North Carolina Law Review*, Rev. 595.
- LUNA YERGA, Álvaro** (2005). *Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria*: InDret. Barcelona-España: Revista para el análisis del derecho 288, Mayo 2005.
- MALASPINA, Edgardo** (2007). *Historia de la Medicina UNERG*. República Bolivariana de Venezuela: Facultad de Medicina, Universidad Nacional Experimental de Rómulo Gallegos. Recuperado en línea: <http://historiadela medicinaunerg.blogspot.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html>
- MARRELLA, Fabrizio (s/f)**. *Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*; VOL. 36::1137: 2003.
- MEDINA ALCOZ, Luis** (2009). *Hacía una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual); La doctrina de la pérdida de las oportunidades*. España: Asociación Española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro: No. 30.
- MOREIRA DO ROSÁRIO, Grácia Cristina** (2008). *A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica*. Brasil: Rio de Janeiro: Revista EMERJ Esocola de Magistratura de Estado do Rio de Janeiro. Vol.11 – Nº 43.
- NAVARRO SIMÓN, Eva María**. *Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria por infracción del deber de información*: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de

abril de 2016. España: Actualidad Jurídica Iberoamericana, IDIBE, núm. 8, España: feb. 2018. Recuperado en: <http://idibe.org/wp-content/uploads/2018/03/96.Navarro.pdf>

PANNAGAS, Maître (2015). *La perte de chance indemnisable*. Article juridique, publié. Recuperado en línea: <https://www.legavox.fr/blog/maitre-pannagas/perte-chance-indemnisable-17435.htm>

PARRA SEPÚLVEDA, Darío Andrés (2014). *La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica*. Santiago-Chile: Acta Bioeth. Vol.20 No.2. Recuperado en línea: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2014000200008

PÉREZ-TENESSA, Antonio (2001). *Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad*. España: Revista de Administración Pública, Núm. 154, enero-abril.

PETON P. (2006). *Historique de la responsabilité médicale*. juin 2006. Recuperado en línea: http://www.univ-reims.fr/gallery_files/site/1/90/1129/1384/1536/1577/1578.pdf

PREVOT, Juan Manuel (2010). *El Problema de la Relación de Causalidad en el Derecho de la Responsabilidad Civil*. Chile: Scielo, Revista Chilena de Derecho Privado, No. 15, diciembre. Recuperado en línea: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000200005

REDZIONNE (2014). *L'aggiornamento professionale del médico competente*, 8 de Italia: abril. Recuperado en línea: <https://www.puntosicuro.it/sicurezza-sul-lavoro-C-1/ruoli-figure-C-7/medico-competente-C-77/l-aggiornamento-professionale-del-medico-competente-AR-13748/>

REIS NETTO, Roberto Magno e NASCIMENTO, Alexandre dos Santos (2018). *Teoria de perda de uma chance: uma análise dos argumentos jurisprudências favoráveis a sua aceitação no Brasil*. Revista Capital Científico – Eletrônica (RCCe): Escola Superior Madre Celeste, Brasil.

ROUGE-MAILLART, Clotilde (s/f). *La responsabilité Médicale*. Recuperado en línea: <https://sfml-asso.fr/images/docs/responsabilite.pdf>

SABARD, Olivia (2018). *Trois questions sur la perte de chance*: Wolters Kluwer, *Un Article de Revue Lammy Droit Civil, march*.

SOLER, Luis Antonio (2005). Magistrado Audiencia Provincial de Alicante y tribunal de la marca Comunitaria, Alicante, España. *La culpa en el ámbito de la responsabilidad civil médica. Estado jurisprudencial y modalidades*

de manifestación. España: Elsevier, Revista, Vol 20, núm. 4, junio. Recuperado en línea: <http://www.elsevier.es/es-revista-revista-calidad-asistencial-256-articulo-la-culpa-el-ambito-responsabilidad-13075832>

RAMÍREZ CALDERÓN, Ana Lucía. *La creación de una Jurisprudencia arbitral difusa, y el análisis como método de estudio de los laudos arbitrales costarricenses.* Recuperado en: https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_92/completos/06%20completo.html

RÍOS ERAZO, Ignacio y SILVA GOÑI Rodrigo (2015). *La teoría de la pérdida de la oportunidad según la Corte Suprema: Cometarios de jurisprudencia.* Chile: Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N° 7, julio.

TARAZONA VERA, Claudia Francisca (2016). *Daño a la vida de relación como perjuicio autónomo y el daño a la salud.* Colombia: Inciso: Revista de Investigación en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad La Gran Colombia, Vol. 18, Núm. 2.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2015-2016). *Pérdida de oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?* Chile: Anuario Iberoamericano de Derecho. Número 4-5. Años 2015-2016.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2012). *Pérdida de una chance. Su indemnización en la Jurisprudencia Chilena.* Chile: Revista de Derecho, Escuela de Postgrado No.2, Chile: diciembre 2012. Recuperado en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/127054/perdida-de-una-chance-su-indemnizacion-en-la-jurisprudencia-chilena.pdf?sequence=1>

TELLER, Marina (2013). *La perte d'une chance de contracter ou de ne pas contracter, Conférence Association Droit Et Commerce, Tribunal de Commerce de Marseille, Revue de Jurisprudence Commerciale, Ancien journal des agréés.* Marseille: Thomson Reuters, Trasactive, Núm. 4, 5 avril.

URIBE RUIZ, Agustín (2010). *El perjuicio a la vida de la relación: una entidad autónoma y de reparación independiente de los demás daños resarcibles en la responsabilidad civil.* Colombia: Criterio Jurídico Garantista No. 108, año 2 – No.2 Enero-Junio 2010.

URVOA, jean-Jacques (2017). *Projet de reforme del a responsabilité civile, Directions des affaires civiles e du sceau, Ministère de La Justice.*

VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto (1997). *La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil.* Argentina: IUS ET VERITAS No. 14. Recuperado en línea: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15707/16143>

VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto A. (s/f). *La responsabilidad civil de los médicos*. Recuperado en línea:
http://www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf

VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu (2015). *La Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Civil Sanitaria ¿se puede cuantificar lo incuantificable?* Revista ESTUDIOS: Volumen 25, n. 2, julio - diciembre: 2015.

VIRST, Anthony (2007). *The Loss-of-Chance Doctrine in Colorado*, Colorado Trial Lawyers Lawyers Association, Volume 56 Issue 4, june/july: 2007.

WALLACE, Brie D. (2009). *Porr Policy Stunts Tennessee Tort Law Again: The Need for Tennessee's Adoption of Loss of Chance Doctrine in Medical Malpractice Litigation*. United States: University Of Memphis Law Review, Volumen 40.

WEINGARTEN, Celia y GHERSI, Carlos (2016). *El Derecho de Chance en el Código Civil y Comercial de la Nación*: N° 133,899, Año: LIV, Ed. 266 Buenos Aires.

YOUNG, Samuel (2011). *Pérdida de Oportunidad*: Edición 12, Vol. 6, No. 2, Revista Virtual Vía Inveniendi Et Iudicandi. Colombia: julio – diciembre.

ZILICH, Goerge J. (2003). *Cutting through the Confusion of the Loss-of Chance Doctrine under Ohio Law: A new Cause of Action or a New Standard of Causation*. 51 Clev. St. L. Rev. 673.

ZUPANCI, Dede K. (2014). *Medical Malpractice Update*, Illinois Association of Defense Trial Counsel, Springfield Illinois, Volume 24, Number 4. 2014.

Tesis

BATALLA ROBLES, Ricardo Antonio (2010). *La teoría de la pérdida del chance o de la oportunidad en Costa Rica*: tesis de grado para optar por la licenciatura en derecho. Costa Rica: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

CEBALLOS KLINKERT, Laura (2016). *La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil Médica, ¿Un daño indemnizable en Colombia?* Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar por el título de abogado, Universidad Eafit. Medellín: Facultad de Derecho.

- IBAÑEZ MOSQUERA, Elvira del Pilar** (2009). *La Teoría de la pérdida de oportunidad en Colombia, un tema de incertidumbre en la causa o en el Daño: Derecho Privado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Tesis.
- LENTZ, Jeanne** (2017-2018). *Controverses autor de la notion de perte d'une chance envisagée en tant que dommage*, Belgique: Liège Universté, Master en Droit.
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío** (2014). *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*. Tesis doctoral en Derecho. Madrid: Universidad Carlos III Madrid, Getafe: abril.
- TIMPSON, Claudio** (1997). *Responsabilidad civil de los Centros Médicos Privados*: Tesis de Maestría – Derecho Privado. Panamá: Universidad de Panamá.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, Patricio y FIGUEROA CORTÉS, Paola** (2014). *La pérdida de oportunidad en la determinación de la responsabilidad civil médica en Chile*. Chile: Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Escuela de Derecho, Tesina de la carrera de Derecho.
- SOUPLET, Isabelle** (2002). *La perte de chances dans le droit de la responsabilité médical. La France: Université de Lille II, Droit et Sante, DEA de Droit Public*.
- YANGUEZ V., Johnny Y.** (2004). *La carga de la prueba en los procesos civiles*. Panamá: Universidad de Panamá. Tesis para optar por el título de licenciado en Derecho y Ciencias Políticas.

Ponencias

- TIMPSON L. Claudio** (2017). “Simplificación del riesgo de reparación del daño en función de la Responsabilidad Objetiva”. Panamá: Universidad de Panamá, el 15 de noviembre de 2017.
- TORREALBA NAVAS, Federico** (2015) “Pérdida de Chance y Lucro Cesante” XXIII Congreso Jurídico Nacional 2015, “Responsabilidad Civil: Tendencias y Retos”, Auditorio Dr. Pablo Casafont Romero del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, 18 de noviembre de 2015 (Conferencia extranjera). Recuperado en línea: <https://www.youtube.com/watch?v=oBYECaaxCts>

HERNÁNDEZ SARMIENTO, Miguel Ángel (2016). *“Doctrina de la Pérdida de la Oportunidad en el Ordenamiento Jurídico Mexicano”*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado en: <https://www.youtube.com/watch?v=sYUniX0JkFA>

Noticias e Informes

El Mercurio – Legal (2013). Por: Martin Leyton, Sofia. *Pérdida de una oportunidad, una nueva categoría de daños*, Chile: 1 de julio de 2013. Recuperado en línea: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=902197&Path=/0D/C4/>

El Tiempo (2018). *Fallece mujer en Medellín tras procedimiento estético*. Colombia: 23 de febrero de 2018. Recuperado en línea: <https://www.eltiempo.com/colombia/medellin/fallece-mujer-en-medellin-tras-procedimiento-estetico-186308>

Ministerio de Salud, Dirección de Provisión de Servicio de Salud, Departamento de Monitoreo y Evaluación (2016-2017). *Evaluación de los resultados de la auditoria de Historias Clínicas de los Servicios de Salud del 2016-2017*. Panamá 2018. Recuperado en línea: <https://www.minsa.gob.pa/sites/default/files/publicaciones/informe consolidado auditoria 2016-2017 nacional 15 ene 18 rev de leslie.pdf>

La Estrella de Panamá (2015). Por: Méndez Illueca, Haydée. *La diferencia entre la mala praxis y un error médico*. Panamá: 3 de mayo 2015. Recuperado en línea: <http://laestrella.com.pa/panama/politica/diferencia-entre-mala-praxis-error-medico/23862865>

Leyes Nacionales

Código Civil de la República de Panamá.

Código de Comercio de la República de Panamá.

Código Judicial de la República de Panamá.

Constitución Política de la República de Panamá.

G.O. No. 22929. **Ley No. 52 de 12 de diciembre de 1995.** *“Reglamenta la obtención, preservación, almacenamiento, transporte, destino y*

disposición final de órganos o componentes anatómicos y los procedimientos para transportarlos en seres humanos”. Panamá.

G.O. No. 23578. **Ley No. 41 de 1 de julio de 1998.** *“General de Ambiente de la República de Panamá”. Panamá.*

G.O. No. 24,476. **Ley No. 6 de 22 de enero de 2002.** *“Que dicta normas la transparencia en la gestión pública, establece la acción Hábeas Data y dicta otras disposiciones”. Panamá.*

G.O. No. 24935. **Ley No. 68 de 20 de noviembre de 2003.** *“Que regula los Derechos y Obligaciones de los Pacientes, en Materia de Información y de Decisión Libre e Informada”. Panamá.*

G.O. No. 24613. **Decreto Ejecutivo No. 279 de 28 de julio de 2004.** *“Que Reglamenta la Ley 41 de agosto de 2002, Que crea el Colegio Médico de Panamá y le asigna funciones”. Ministerio de Salud. Panamá.*

G.O. No. 26468-B. **Ley No. 3 de 8 de febrero de 2010.** *“General de trasplantes de componente anatómicos”. Panamá.*

G.O. No. 27160-A. **Decreto Ejecutivo No. 1458 de 6 de noviembre de 2012.** *“Que reglamenta la Ley 68 de 20 de noviembre de 2003, que regula los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información y de decisión libre e informada”. Panamá.*

G. O. No.28590-B. **Ley No. 40 de 14 de agosto de 2018.** *“Que establece el marco jurídico para el abordaje integral de las infecciones de Transmisión sexual y el virus de inmunodeficiencia humana”. Panamá.*

Leyes Extranjeras

Código Civil de Costa Rica.

Código Civil Colombiano.

Código Civil Chileno.

Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina).

Código Civil Español

Código Civil Francés.

Código Civil Italiano.

Código Civil de Perú.

Constitución Política de Costa Rica.

Constitución Política de Colombia.

Ley No. 23 de 1981 de 27 de febrero de 1981, modificado por el Decreto No. 131 de 2010 y el Decreto No. 19 de 2012 y Decreto 131 de 2010: *“Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”*. Colombia.

Ley No. 20854 promulgada el 13 de abril de 2012. *“Regula los Derechos y Deberes que tiene las personas en relación con acciones vinculadas y su atención de salud”*. Chile.

Ley No. 1 de 7 de enero de 2000. *“Ley Enjuiciamiento Civil”*. Jefatura de Estado. Referencia: BOE-A-2000-323. España.

Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo Texto Consolidado. *“Por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas en el Sistema Nacional de Salud”*. Ministerio de Sanidad y Consumo –BOE-, n.º 134, de 5 de junio de 2003. Referencia: BOE-A-2003-11266. España.

Jurisprudencia Nacional (Como vienen expuestas)

Brittania Rodaniche recurre en casación en el Proceso ordinario que le sigue a José Manuel Terán Sitton, Gloria Cecilia Pino de Terán, en su propio nombre y en representación de su menor hija Melissa Terán Pino. Magistrado Ponente: Eligio A. Salas. Panamá 25 de febrero de 2000. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil.

Cable & Wireless Panama, S.A. recurre en casación en el proceso ordinario que le sigue Techlink Services Corporation. Ponente: Mag. Harley Mitchell D. Panamá, ocho (8) de junio de dos mil doce (2012). Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil.

Clínicas y Hospitales, S.A. (Centro Médico Paitilla, S.A.), Sonia Portillo H. Xiomora R. de Rovira, Ramón Crespo Berges, Roberto Enrique Malek Bourdett y Brenda Vidal Valladares de Malek recurre en casación en el Proceso Ordinario de Mayor Cuantía que Roberto Enrique Malek Bourdett y Brenda Vidal Valladares de Malek le siguen a Clínicas y Hospitales, S.A. (Centro Médico Paitilla, S.A.) y otros. Magistrado Ponente: José A. Troyano. Panamá, Treinta y Uno (31) de julio de dos mil (2000). Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil.

Cornelio Cano Castillo y Desarrollo Costa Blanca, S.A. recurren en casación dentro del proceso sumario que Cornelio Castillo le sigue a Ricardo Holding, S.A., Desarrollo Costa Blanca, S.A. y Repedac Internacional Inc.

Ponente: Hernán A. De León Batista Panamá, ocho (08) de septiembre de dos mil quince (2015). Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil.

Demanda Contencioso Administrativa de indemnización de daños y perjuicios, interpuesta por Lcda. Lidia Valdés, en representación de Moisés Martínez y Baldomero González, para que se condene al Idaan, al pago de B/. 279,389.50 a Moisés Martínez y B/. 75,140.00 a Baldomero González, en concepto de indemnización por daños y perjuicios causados por el funcionario Rolando Carrasquilla durante el ejercicio de sus funciones. Ponente: Adán Arnulfo Arjona L. Panamá, dos (2) de febrero de dos mil nueve (2009). Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

Demanda Contencioso Administrativo de Reparación Directa, Interpuesta por el Licenciado Octavio Villaláz, en representación de German Chacin Borrego, para que se condene a la Caja de Seguro Social (Estado Panameño), al pago de B/. 1, 500,000.00 en concepto de Daños y Perjuicios causados por la negligencia incurrida por dicha entidad. Ponente: Abdiel Augusto Zamorano, Panamá veinticuatro (24) de marzo de dos mil quince (2015). Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

Demanda Contencioso Administrativo de Indemnización, interpuesta por el Licenciado Mariano de Jesús Castillo J., en representación de Cecilia Sanjur de Castillo y de la menor Paola Patricia Castillo para que se condene a la Caja de Seguro Social (Al Estado Panameño), al pago de quinientos mil dólares (B/.5000,000.00), en concepto de daños y perjuicios materiales y morales causados por la omisión en la prestación de servicio médico. Ponente: Víctor L. Benavides P. Panamá, trece (13) de mayo de dos mil quince (2015). Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Reparación Directa, Indemnización.

Demanda Contencioso Administrativa de indemnización, interpuesta por el Lcdo. Alexander Valencia M., en representación de Samuel Núñez, para que se condene al patronato del Hospital Santo Tomás y al Estado Panameño, al pago de cinco millones de dólares, en concepto de daños y perjuicios morales y materiales causados por el mal funcionamiento de los servicios públicos de Salud. Ponente: Abel Augusto Zamorano, Panamá, 26 de abril de 2016. Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A. y Empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A. y Samba Bonita Power & Metals, S.A. recurre en casación en el proceso ordinario propuesto por Samba Bonita Power & Metals, S.A. contra Empresa Distribuidora Eléctrica Metro-Oestes, S.A. y

Empresa Distribuidora Eléctrica Chiriquí, S.A Ponente Oydén Ortega Durán. Panamá, veintisiete (27) de marzo de dos mil quince (2015). Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil.

Federico Davis recurre en casación en el proceso ordinario de mayor cuantía que le sigue Corporación Agrícola Coclesana, S.A. (C.O.A.C.S.A). Magistrado ponente: Rogelio Fábrega Z. Panamá, veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil.

Martina De López y Geneva González recurren en Casación en el Proceso Ordinario de Mayor Cuantía incoado por Juana Márquez de Lake contra El Hospital América de Panamá, S.A., Hna. Panamá, S.A., Cía. Internacional de Seguros, S.A., Martina De López y Geeiva González - Ponente: Harley J. Mitchell – Panamá, dos (02) de agosto de dos mil diez (2010). Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil.

Mapfre Panamá, S.A. recurre en casación dentro del proceso ordinario que le sigue Iginio Smith Robinson Carlos Ariel Mesa y Ponente: Hernán A. De León Batista. Panamá, quince (15) de junio de dos mil diecisiete (2017). Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil.

Pedro Ríos Mendoza recurre en casación en el Proceso Ordinario de Mayor Cuantía que le sigue María Victoria García. Ponente: Oydén Ortega Durán Panamá, veintisiete (27) de marzo de dos mil quince (2015) (Jurisprudencia Nacional). Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil.

Recurso de anulación contra el Laudo Arbitral (En Derecho) de 15 de octubre de 2010, proferido dentro del Proceso Arbitral interpuesto por *Blue Sky 46, Inc.*, contra de *Bay One Development*, S.A. Ponente: Luis Ramón Fábrega S. Panamá, once (11) de mayo de dos mil quince (2015). Corte Suprema de Justicia. Sala Cuarta de Negocios Generales.

Recurso de Casación presentado por Bernabé González Castillo en el Proceso Ordinario que le sigue al Hospital San Miguel Arcángel, Dr. Carlos Perurena y otros. Ponente: Alberto Cigarruista Cortez. Panamá 28 de octubre de 2009. Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil.

Rubén José Herrera Vargas y Griselda Pírez Espino recurre en casación en el proceso ordinario que le sigue Alexandra Lilian España Rodríguez. Magistrado Ponente: Rogelio Fábrega Z. Panamá, veinticuatro (24) de junio de dos mil dos (2002). Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil.

Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por Excellence Panama, S.A. en el proceso que le sigue el Primer Banco del Istmo, S.A. Ponente: Mag. Harley James Mitchell D. Panamá, veintidós (22) de octubre de dos mil diez (2010). Corte Suprema de Justicia. Sala Primera de lo Civil.

Xenia Marisol Troestch Aguilar recurre en casación en el proceso ordinario que le sigue a Dirección y Administración de Empresas, S.A. y Cervecería Barú Panamá. Sala Primera de lo Civil, Corte Suprema de Justicia, Panamá. Ponente; H. Mitchell. Panamá, sienta (07) de febrero de dos mil doce (2012).

Jurisprudencia Extranjera (Como viene expuesta)

Appellate Court of Illinois, First District, Third Division. Hilda AGUILERA, Indiv. and as Special Adm'x of the Estate of Salvador Aguilera, Deceased, and as Mother and Next Friend of Leticia Aguilera and Salvador Aguilera, Jr., Minors, Plaintiff-Appellant, v. MOUNT SINAI HOSPITAL MEDICAL CENTER, and Karen Cervenka, Defendants-Appellees. No. 1-94-1893, Decided: December 10, 1997. Estados Unidos, Illinois.

Cour de Cassation, Chambre Civile 1, Audience Publique du lundi 25 de mars 1968. La France.

Connecticut, United States of America, case Mark C. Peterson, Executor (Estate of Christopher B. Peterson), et. Al v *Ocean Radiology Associates, P.C.*, et. Al, 28 de marzo de 2008.

Don Erasmo vs Dr. Herminio y Aseguradora Axa Winthertur Seguros, de la Sala Primera del Tribunal Supremo Español, sentencia No. 227/2016 de 8 de Abril de 2016. España-

Indemnización de perjuicios promovido por Dolly Ballén Agregó y Otros contra Nación - Ministerio de Defensa. Policía Nacional (Dirección de Sanidad) Sentencia 43646 de 30 de agosto de 2017, Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A. Colombia.

Nestor José Buelvas Chamorro vs Nación – Ministerio de Salud y otros. Sentencia N° 68001-23-15-000-1995-11195-01 (25869) de Consejo de Estado – Sala Plena Contenciosa Administrativa – Sección Tercera, 24 de octubre de 2013, Ponente: Enrique Gil Botero. Colombia.

Resolución N°000263 de 26 de agosto de 2013, bajo la ponencia de Patricia Molina Escobar en el proceso Ordinario por Sucesión de Alicia Ara y A. Rodríguez contra Asociación Misionera Catequesis Luz de Cristo de Costa Rica, Tribunal Segundo Civil, Sección Primera.

Sala Primera de la CSJ, N° 766 de las 16:10 del 26 de septiembre de 2001. Costa Rica.

Sentencia N° 816 de Sala 1ª de la Corte Suprema de Justicia, de 18 de Julio de 2012, Proceso Ordinario: partes reservadas y cuantías reservadas en la transcripción. Ponente: Anabelle León Feoli. Costa Rica.

Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, Sentencia Número 192 de 11 de marzo de 1991, Ponente: Magistrado Luis Martínez Calcerrada Gómez, Menor Cuantía, Flor vs Miguel Ángel y otros. España.

Nota: Otras jurisprudencias en los enlaces.

Enlaces

CENDOJ: Buscador del Sistema de Jurisprudencia – Poder Judicial. Consejo General del Poder Judicial. España. Consultado en línea: www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Consejo de Estado de Colombia. Consultado en línea: <http://www.consejodeestado.gov.co/consejo-de-estado-2-2/nuestra-institucion/>

FINDLAW: Estados Unidos. Consultado en línea: <https://caselaw.findlaw.com>

Google. Consultado en línea: <https://www.google.com/>

Ministère de la Justice. Portail: La France. Consultado en línea: <http://www.justice.gouv.fr/>

Poder Judicial: Argentina. Consultado en línea: <https://www.pjn.gov.ar/>

Poder Judicial: Colombia. Consultado en línea: <https://www.ramajudicial.gov.co/>

Poder Judicial: Costa Rica. Consultado en línea: <https://pj.poder-judicial.go.cr/>

Poder Judicial: Chile. Consultado en línea: <http://www.pjud.cl/home>

Poder Judicial España. Consultado en línea: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es>

Poder Judicial: Francia. Consultado en línea: <https://www.legifrance.gouv.fr/>

Poder Judicial: Panamá. Consultado en línea: <https://www.organojudicial.gob.pa/>

Real Academia Española (RAE). Consultado en línea: <http://www.rae.es/> y <https://definicion.de/rae/>

UNIDROIT. Consultado en línea: www.unidroit.org

Wikipedia. Consultado en línea: <https://es.wikipedia.org>

Word Reference. Consultado en línea: <http://www.wordreference.com/>

Word Reference sinónimos. Consultado en línea
<http://www.wordreference.com/sinonimos/>

BBC News. Consultado en línea: <https://www.bbc.co.uk/news>

ANEXO

MATRIZ DE COHERENCIA DE LA INVESTIGACIÓN

TÍTULO	TEMA	ÁREA	PROBLEMA/PREGUNTA	OBJETIVO GENERAL	OBJETIVOS ESPECÍFICO	RELEVANCIA, UTILIDAD, APOORTE Y CONVENIENCIA
La pérdida de la oportunidad y su incidencia en la responsabilidad civil médica	La pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica	Derecho civil	<p>Las normas no regulan toda la gama de responsabilidades que nacen de los diferentes vínculos que tienen los miembros de la sociedad, y más aún cuando se tratan de <i>lex artis</i> médica. Esta materia merece un estudio detallado de sus directrices, presupuestos, requisitos, conceptos y todas aquellas características que ayuden al legislador, al juzgador, al litigante, y sobre todo a la víctima para identificar el momento en que nos encontramos ante daños, en especial los derivados de los servicios médicos, de la que todos hemos sido usuarios.</p> <p>Existen una serie de actividades que pueden llegar a generar daños al paciente, de manera tan considerable que afecta su proyección como individuo y segregarlo de alguna oportunidad cierta.</p> <p>Resulta necesario emplear nuevos criterios, estudiar minuciosamente las oportunidades perdidas que nacen de la actividad médica para arribar a un adecuado reconocimiento de indemnización en favor de la víctima acorde a la realidad y los hechos suscitados.</p>	Analizar la pérdida de la oportunidad y su aplicación en la responsabilidad civil médica.	<p>Determinar los presupuestos que inciden en la uniformidad de criterios de la pérdida de la oportunidad, tanto en materia de daños resarcibles en general, como en la responsabilidad médica.</p> <p>Conocer la dogmática, ordenamiento jurídico y jurisprudencia local y extranjera sobre la pérdida de oportunidad con incidencia en materia médica.</p> <p>Establecer los requisitos imprescindibles para reclamar responsabilidad civil médica a causa de pérdida de oportunidad.</p> <p>Orientar a las partes del proceso, los estudiantes, investigadores y demás con una estructura lógica y sistemática respecto a la pérdida de oportunidad.</p>	<p>-Actualmente existen dudas con relación a la pérdida de la oportunidad como un verdadero daño cierto y resarcible, y a pesar que muchos países ya han superados estas incógnitas, no existe uniformidad al momento de abordar el tema.</p> <p>-A pesar que en países como Colombia, Argentina, Estados Unidos y otros han aplicado la temática que nos ocupa, todos han adoptado distintas maneras o corrientes para negar o aceptar su indemnización.</p>

Enfoque de investigación	Diseño	Pregunta de Investigación	Hipótesis	Variables	Unidad de Análisis	Dimensiones/Categorías e Indicadores
Enfoque cualitativo	<p>Deductivo</p> <p>Descriptivo</p> <p>Experimental-histórico</p> <p>Analítico</p> <p>Recopilación de información</p>	¿La pérdida la oportunidad es determinante para situarnos en la responsabilidad civil médica y se encuentra correctamente regulada en nuestro derecho?	«La pérdida de la oportunidad se constituye en un elemento de la responsabilidad civil médica».	<p>Variable independiente.</p> <p><u>La pérdida de la oportunidad</u> es una figura autónoma que no depende de la existencia de una materia específica para que tenga sus efectos jurídicos. Se trata de una modalidad compleja del daño.</p> <p>Variable dependiente.</p> <p><u>Su incidencia en la responsabilidad civil médica</u> es la consecuencia del detrimento de una persona que sufre como consecuencia de un acto negligente o doloso, en este caso el médico comete un acto que hace desaparecer la esperanza de curación y sobrevivencia de otro (pérdida de oportunidad).</p>	<p>La responsabilidad civil y la pérdida de la oportunidad (objetos).</p> <p>Se desenvuelve la actividad por el médico como (sujeto activo) y el paciente como víctima (sujeto pasivo)</p>	<p>Responsabilidad civil</p> <p>Práctica médica</p> <p>Agente de daño</p> <p>Indemnización integral a la víctima</p> <p>Precedentes jurisprudenciales</p> <p>Derecho comparado</p> <p><u>La pérdida de la oportunidad</u> es una figura autónoma.</p> <p><u>La responsabilidad civil</u> es la consecuencia del detrimento de una persona.</p>

Panamá, 27 de mayo de 2019.

SEÑORES
UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
VICERROCTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO
E.S.D

Respetados profesores:

La suscrita notifica haber revisado por solicitud del estudiante DAVID E. ZAMORA SMITH, con C.I.P. 3-722-958, el trabajo de investigación: LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, para el Programa de Maestría en Derecho Privado con Énfasis en Derecho Civil.

Hago constar que dicho trabajo cumple con todos los requisitos formales de ortografía y de redacción exigidos por el idioma español; puede ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del jurado examinador que se le designe.

De usted(es)
Atentamente,



Profa. Yimara Chavarría
C.I.P. N° 8-793-658
Diploma N° 201473



UNIVERSIDAD DE PANAMÁ

LA FACULTAD DE **Humanidades**

EN VIRTUD DE LA POTESTAD QUE LE CONFIEREN LA LEY Y EL ESTATUTO UNIVERSITARIO,
HACE CONSTAR QUE

Vimara Kathiuska Chavarria Arenas

HA TERMINADO LOS ESTUDIOS Y CUMPLIDO CON LOS REQUISITOS
QUE LE HACEN ACREEDOR AL TÍTULO DE

**Licenciada en Humanidades con
Especialización en Español**

Y EN CONSECUENCIA, SE LE CONCEDE TAL GRADO CON TODOS LOS DERECHOS,
HONORES Y PRIVILEGIOS RESPECTIVOS, EN TESTIMONIO DE LO CUAL SE LE EXPIDE
ESTE DIPLOMA EN LA CIUDAD DE PANAMÁ, A LOS **trece**
DÍAS DEL MES DE **diciembre** DEL AÑO DOS MIL **doce**.

Diploma **201473**

Identificación Personal **8-793-658**


Secretaría General


Decano


Rector

REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ELECTORAL

**Yimara Kathiuska
Chavarria Arenas**

NOMBRE USUAL:
FECHA DE NACIMIENTO: 26-ABR-1984
LUGAR DE NACIMIENTO: PANAMÁ, PANAMÁ
SEXO: F TIPO DE SANGRE:
EXPEDIDA: 10-ENE-2012 EXPIRA: 10-ENE-2022

8-793-658



Yimara Chavarria

